

Le Consentement

et les Vices du Consentement

en droit Musulman Hanafite

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le samedi 16 Décembre 1933 à 15 heures

PAR

Z. AL. RIFAÏ

JURY : { *Président* . . . MM. VOIRIN, professeur
 { *Membres* . . . BERGER-VACHON, professeur
 à la Faculté de Droit d'Alger
 SIMONNET, professeur

NANCY

SOCIÉTÉ D'IMPRESSIONS TYPOGRAPHIQUES

1933

Le Consentement

et les Vices du Consentement

en droit Musulman Hanafite

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le samedi 16 Décembre 1933 à 15 heures

PAR

Z. AI. RIFAÏ

JURY :	{	Président . . .	MM. VOIRIN, professeur
		Membres . . .	BERGER-VACHON, professeur à la Faculté de Droit d'Alger SIMONNET, professeur

NANCY

SOCIÉTÉ D'IMPRESSIONS TYPOGRAPHIQUES

1933

33590

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen: M. SENN (✱, ✱, ✱ I).

Doyens honoraires: MM. GÉNY (O ✱, ✱ I). MICHON (✱, ✱ I).

Professeurs honoraires: MM. MAY (✱, ✱ I).

CARRÉ DE MALBERG (✱, ✱ I).

ROLLAND (✱ I).

MOREL (✱ I).

GÉNY (O ✱, ✱ I).

Maître de Conférences honoraire: M. MÉLIN (✱ I), docteur en Droit.

MM. GÉNY (O. ✱, ✱ I.), professeur de Droit civil.

MICHON (✱, ✱ I), professeur de Droit romain.

BROCARD (✱, ✱ I), professeur d'Economie politique.

SENN (✱, ✱, ✱ I), professeur de Droit romain.

RENARD (✱ I), professeur de Droit public.

HENRY (✱ I), professeur de Droit criminel.

LAVERGNE (✱ I), professeur d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines économiques, chargé de cours à la Faculté de Droit de Lille.

KRELL (✱ I), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUEL (✱ I.), professeur de Droit international public et privé.

LESCOT (✱ I.), professeur de Droit commercial.

SIMONNET (✱ I), professeur de Droit civil.

VOIRIN (✱, ✱ A), Professeur de Droit civil.

TROTABAS (✱), professeur de Droit administratif et de Législation financière.

F. DE MENTHON, professeur d'Economie politique.

MARCHAL, docteur en droit, chargé de cours.

BURDEAU, docteur en droit, chargé de cours.

BERTRAND (✱ I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières des candidats.



A mon cher Oncle

CHEIK RIZA EFFENDI AL-RIFAI

*En témoignage d'affection respectueuse
et de gratitude.*

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT MUSULMAN, SES SOURCES

De la législation musulmane en général

Nous aurons l'occasion de parler plus d'une fois dans l'introduction, du caractère nettement religieux et moral de la législature civile musulmane ; ce qui la met à l'opposé des législations européennes. En effet, comme le fait remarquer M. ZEYS, la loi musulmane a pour objet l'homme agent moral en même temps que l'homme sujet de droit civil, « chez eux la loi est religieuse, l'homme est un sujet de devoirs, ils s'occupent de l'homme intérieur, même lorsqu'il se borne à vendre et à acheter ». Mais si nous voulons insister sur cette particularité c'est qu'elle est non pas seulement l'origine de la confusion dans un seul et même corps de doctrine de droit civil, de droit pénal et des pratiques de la religion mais cette conception a inspiré des moyens techniques de droit inconnus en droit romain et, des idées irréductibles aux notions et idées abstraites, inspirées de la dite législation. Tout d'abord, la religion ayant pour objet des matières très disparates, les auteurs ont séparé les phénomènes, c'est-à-dire, la réalité extérieure : et, de la réalité intérieure. Les croyances sont la matière de la théologie, car ce sont des réalités psychologiques intérieures. Quant à la science du *fiqh*, elle aura pour objet toute la réalité extérieure : le parler et le faire, les actes de fait et les actes prononcés « *al-kaoul* et « *al-amal* ». (Ce qui y fait comprendre le droit civil, le droit pénal, une partie de droit public et tous les rites de la religion.)

Le droit (civil, pénal ou public) a dans cette conception une seule et même nature, puisqu'il est envisagé et encadré dans seule doctrine. Mais d'autre part, ces réalités extérieures, objet du *fiqh* (ex : faire tradition d'un objet, faire offre et acceptation, commettre une voie de fait, se laver en vue de la prière, ou faire les mouvements de cette prière) ne sont point des fins en elles-mêmes. Ces actes poursuivent d'autres buts terrestres ou extra-terrestres, ex : par ordre : exécuter un contrat, faire un

contrat, nuire à quelqu'un, se purifier, ou s'acquitter d'une obligation divine.

Pour raisonner sur les réalités extérieures, les auteurs n'ont pas employé un autre instrument que la logique mais, étant donné ce postulat complexe imposé par l'esprit de l'islam, qui a une conception tout à l'opposé de celle des peuples gréco-latins sur l'homme, on ne peut vraiment pas qualifier leurs raisonnements d'enfantins. Ils ont eu, ces données révélées, ils les ont raisonnées avec une rigueur logique. Quant à savoir et discuter sur la légitimité de cette confusion ou conception des choses, cela est tellement hors de questions juridiques et tellement intimement lié à la foi musulmane qu'il vaut mieux s'en abstenir. Nous pouvons noter seulement qu'au point de vue du droit naturel, le droit musulman a accompli un progrès. A l'esclave-chose de droit romain, il a substitué, l'esclave-homme, à l'idée de vengeance ou de sécurité sociale il a substitué l'idée de justice. Enfin, en général, la législation musulmane et l'islam ont été vraiment une forme de progrès et pour les Arabes et pour les populations qui ont adopté cette croyance il y a 13 siècles.

Revenant à notre question, nous pouvons remarquer que dans toute la science du fiqh cette séparation entre la nature extérieure des choses et leur nature tout court, a été faite par un besoin de raisonnement systématique. Les juristes précédés par Abou-Hanifa, tout en s'efforçant de réduire ces phénomènes envisagés par le fiqh à des notions abstraites (notions qui n'envisagent que la généralité de ces faits, qui sont de nature très différente dans la législation moderne), n'ont pas oublié en même temps ce qui est au fond de ces choses, « leur but » comme diraient les Ouçoulioums. Quand on fait les mouvements de la prière ce ne sont pas seulement ces mouvements qui forment la prière sans aucun élément spirituel, on les accomplit pour communier par ces formes déterminées avec Dieu. Si on met la main sur une chose « *Yad* » le droit n'envisagera pas cette main mise en elle-même, car on peut mettre la main sur une chose comme possesseur ou détenteur. De même si je dis : « je vends » peut être ai-je l'intention de vendre ; mais je pourrais aussi avoir été forcé de prononcer ce mot ou avoir eu l'intention de donner et non de vendre.

De ce fait la terminologie des juristes musulmans offre cette particularité d'être complexe et confuse par rapport aux termes juridiques de droit français si nets et si clairs. D'une part, il s'y rencontre des termes très généraux groupant des faits très distincts envisagés de leur point de vue tout extérieur ; d'autre part, on y trouve des termes qui désignent les phénomènes juridiques dans leur évolution, en train de se réaliser : « *façad* », « *taslim* », « *Inikad* » etc..., termes qui désignent une action, autrement dit un acte d'intérêt juridique en train de s'accomplir.

Nous croyons qu'il y a lieu à faire un lexique de droit musulman car

il est souvent très difficile de trouver l'équivalent d'un terme en langue française. M. ZEYS fait très judicieusement remarquer le sens juridique très général du mot « Bay a », d'où est venu que les auteurs musulmans désignent le mariage par « vente ». M. MORAND prend ce terme bien défini en droit français et qui comprend objet et prix matériel et cherche à prouver absolument que le mariage musulman est une vente (1). Nous avons fait de même, la différence entre « Yad » et « Kabdt » (2). De même le terme « daroura » désigne à la fois la force majeure et le cas fortuit (3). Tous les systèmes juridiques musulmans sont basés sur cette recherche d'atteindre la réalité intérieure des choses en même temps que leur manifestation extérieure, la conformité des actes à la justice et au bien (au droit naturel) en même temps qu'à un état social déterminé. Ni la religion musulmane, ni les auteurs n'ont pu envisager ces deux ordres de choses séparément : ou séparer par des systèmes distincts la morale du droit, la justice sociale de la religion, l'intérêt de l'individu de l'intérêt social. En un mot ils n'ont pu séparer le temporel et le spirituel, l'humain et le divin dans le droit.

Au lieu de ces conceptions bien nettes, que traduit la terminologie juridique des systèmes européens, il n'y a en droit musulman que des conceptions confuses, tantôt très générales et très larges et tantôt très spéciales et très subtiles.

Dans ces conditions et vu cette complexité des matières de fiqh, il est très naturel que les lois générales et impersonnelles qui régissent ces faits soient incompréhensibles pour un européen et presque inutiles et en tout cas assez peu précises, si on veut y chercher uniquement le côté civil. D'où cette indifférence ou dédain des orientalistes à l'égard de Al-Ouçoul. Pourtant, cette science n'est pas seulement la méthode d'interprétation de la loi ; elle contient encore dans sa partie théorique, toutes les règles générales et les lois du fiqh. Il est très difficile de comprendre le sens d'une décision ou l'origine d'une divergence entre deux auteurs de rites différents sans se rapporter aux règles de Al-Ouçoul acceptées par ces rites.

Mais le fait qui subsiste c'est qu'en législation musulmane il n'y a pas de règles générales concernant le droit civil. Ibn Nejim, un juris-consulte récent, suivi par al-Hmway, a voulu faire une sorte de code d'où l'on peut déduire toute les décisions de la jurisprudence. Mais ces auteurs n'ont pas remarqué les vices rédhibitoires de la matière. Les auteurs du code ottoman sous l'influence d'Ibn Abdin n'ont fait que de développer le système des auteurs précédents dans la première partie du code. Les

99 articles des généralités du code ottoman ont la même imprécision que les autres règles générales, en ce sens qu'elles s'appliquent dans toutes les matières du *fiqh*, alors que le code n'a entendu disposer qu'en matière civile.

En somme, le législateur musulman surtout dans le domaine de droit civil n'a pu préciser la notion des institutions, et comme l'a fort bien remarqué M. de NAUPHAL : « l'institution n'existe que comme un fait de création instantané ». Ni la vente, ni le louage, ni le mariage, ni le consentement ne sont décrits d'après leurs formes extérieures, d'après les signes expressifs auxquels on peut les reconnaître. Un professeur de la Faculté de droit en Egypte met en évidence la même absence d'institutions définies et de formes de gouvernement dans les cadres de droit public. C'est pourquoi d'ailleurs, l'islam n'a repoussé aucune institution étrangère ou anté-islamique pour la seule raison qu'il *n'entend lui-même imposer aucune forme définie à la communauté*. Car l'islam n'est nullement le produit d'un esprit abstrait ou systématique ; le législateur musulman est un juge pour qui la moralité des actes importe avant tout.

Dans ces conditions, il y aura lieu non à un droit civil formulé dans un corps de doctrine et de législation, mais à une jurisprudence permettant la formation et l'évolution continuelles des institutions juridiques qui régissent la communauté dans un moment donné. L'islam, croyons-nous, veut absolument laisser toute liberté à ses croyants de se gouverner et de faire leurs lois eux-mêmes en conformité au bien, en n'allant pas à l'encontre de l'esprit du Coran. La jurisprudence aurait dû, en matière civile, continuer toujours son œuvre en s'inspirant des conditions modernes de la vie, si les auteurs postérieurs n'avaient déclaré que toutes nouvelles interprétations autre que les 4 rites sont impossibles. En somme les musulmans d'aujourd'hui vénèrent les 4 imans et commentent leurs écrits bien plus que le Coran.

Les quatre rites du droit musulman

L'islam n'a jamais été une communauté religieuse ou spirituelle semblable à l'église catholique ; dès le début le musulman s'en remettait au prophète dans toutes les circonstances de la vie. On demandait au Coran les règles de prières, la matière de la foi aussi bien que la justice civile et pénale. En un mot, l'islam s'est imposé à la fois comme un régime et comme une religion. Le prophète tranchait les différends d'après le Coran, au besoin il attendait la révélation et bien souvent complétait le Coran par des *hadis*, dits révélés. Ces *hadis* sont censés être la volonté de Allah dépouillée de la forme rythmée. En plus, le prophète rendait des sentences et posait des règles en toutes matières, par interprétation du Coran.

Ces interprétations forment les *hadis* ordinaires non révélés que le prophète prononçait dans toute occasion comme l'envoyé de Dieu. Ils n'ont pas la même autorité incontestable et immuable des premiers, mais ils ne sont pas moins une source positive très appréciable du droit musulman malgré leur disposition contradictoire. Les califes successeurs du prophète avaient par droit de succession le pouvoir de commander et de rendre la justice, mais comme ni le prophète, ni le Coran n'ont pas prévu des institutions propres à légiférer ou à interpréter les lois coraniques, il se trouve que le califat ne conférait que le droit de rendre justice et de commander l'armée. Naturellement, le Calif ne pouvait remplir personnellement ni l'une ni l'autre des fonctions. Il était obligé de déléguer ses pouvoirs au Caïd et au Cadi ; ces derniers statuaient d'après le Coran et les *hadis* parvenus à leur connaissance tout en référant au Calif sur les points importants. De son côté, celui-ci rendait des sentences et des jugements toujours en interprétant des paroles d'Allah et de son envoyé. Quand il se trouvait devant une difficulté, il demandait avis à des compagnons du prophète ; il appréciait les faits et leur appliquait une des opinions la plus équitable parmi celles qui lui étaient suggérées. Mais ce pouvoir d'interprétation restait toujours un fait individuel. Les premiers califs n'ont pas songé à en faire une institution de droit public. Chaque compagnon du prophète avait ses opinions propres sur le droit, d'après les paroles qu'il a entendues. En somme, dans l'Islam le recours au juge et à l'arbitrage était obligatoire, parce que le Coran ne tranche pas directement tous les cas d'espèce. Le juge ou l'arbitre, par leurs décisions donnaient une certaine autorité à telle ou telle interprétation du Coran et ainsi les sentences qu'ils ont rendues et les *hadis* qu'ils ont adoptés ont formé en quelque sorte des codes. Néanmoins, il n'en restait pas moins établi qu'il n'y a aucun corps constitué pour faire des lois. Les premiers califs eux-mêmes avaient si peu le droit de faire des lois que les *Omeyyades* n'ont pas pensé à accaparer ce pouvoir. On admettait qu'un Calif puisse imposer tel chef à l'armée, tel juge dans une localité, mais non pas qu'il impose telle règle de droit. Le « Baya » ou acquiescement à l'autorité du Calif ne lui conférait pas le pouvoir d'interprétation. Ce pouvoir restait individuel et hors des cadres du droit public. A Médine, les compagnons du prophète continuaient toujours leur interprétation personnelle. Celle-ci se répandait à travers le pays musulman oralement et par ouï dire. Ainsi de vraies assemblées législatives se formaient dans les mosquées sans que le pouvoir central de Damas s'en inquiète. Ce fut l'origine des écoles de droit, il y en avait au début au moins 7 ou 8 dont les plus importantes furent celles du Abdullah Ibn Massoud, Abdullah Ibn Omar, Ibn Abbas, etc... L'enseignement était oral, l'on se contentait d'apprendre les *hadis*, les décisions des Califs, l'histoire de l'Islam et l'interprétation du Coran. A vrai

dire, c'était tout autre chose que des écoles avec maîtres et élèves. Ce furent plutôt des assemblées privées, des cercles d'études où l'on discutait de tout. Ainsi des lois se discutaient, se promulgaient en silence sans aucune séance tapageuse. Durant tout le règne des *Omeyad* et les guerres des conquêtes, rien ne fut changé. Omar Ibn Abdoul Aziz, lui-même savant et Calif, n'a jamais pensé à faire triompher ses opinions. En un mot, le pouvoir législatif était complètement inorganisé et par cela seul échappait au pouvoir des Omeyad. Plus tard, cette jalousie d'indépendance sera affirmée par les grands Iman en refusant les emplois de juges suprêmes. Abou-Hanifa est mort en prison pour avoir refusé la charge de Cadi à Bagdad. Iman Maleck et al Chaféï ont de même refusé catégoriquement la promulgation de leurs rites comme loi obligatoire dans l'empire abbasite.

Durant le premier siècle de l'élaboration du droit rien ne fut étudié systématiquement. Abou-Hanifa (81, 15 L. H.) a inauguré la première école qui fut digne de ce nom. Son cercle « Halaka » s'occupait strictement du droit. Bien entendu on y interprétait le Coran et on y discutait l'authenticité des Hadis. Mais déjà les objets du *fiqh* se précisaient et se groupaient selon un enchaînement rationnel. On étudiait la pureté (*Tahara*) avant la prière, la prière avant le pèlerinage, celui-ci avant les actes juridiques et ainsi de suite. Une méthode d'interprétation commençait à se préciser. On posait des règles concernant le général et le particulier et l'on cherchait à discuter quelle disposition du Coran et du *hadis* abroge l'autre. Enfin, la doctrine de Abou-Hanifa a été une grande révélation pour ceux qui s'occupaient de droit en leur traçant le chemin à suivre elle est la plus rationnelle dans l'ensemble. Parmi les Iman, c'est un docteur qui a pris la plus grande liberté d'interprétation. On l'accuse, et c'est à juste raison, de recourir souvent au « *Kyass* », c'est-à-dire à l'analogie, pour déduire des règles nouvelles. Il est probable qu'il s'est orienté au début de sa carrière vers des théories non orthodoxes et peut-être qu'il s'est occupé de la philosophie. On ne connaît rien de sa vie intellectuelle en dehors du droit et de la religion; mais il est bien sûr qu'il a en connaissance de la philosophie grecque qui commençait à faire du bruit, vers les débuts du 2^e siècle. Al-Cha'arani dit qu'Abou-Hanifa s'est occupé d'autres sciences que le *fiqh*; pourtant à un de ses élèves qui lui demandait ce que c'est que la substance et l'essence, il répondit: « s'occuper de telles choses est contraire à la foi ». Il avait donc pris contact avec toutes les théories métaphysiques et théologiques suscitées par l'étude et la traduction des philosophes grecs. C'est peut-être ce qui l'a aidé à avoir une vue objective de la matière qu'il étudiait et à en faire un corps de doctrine séparée des croyances, et à l'étudier non par fragments, mais par matières. En tout cas, l'école d'Abou-Hanifa fut la première en date et eut le plus

d'influence, ce qui fait dire à certains sectaires de ce rite que tous les Iman après Aou-Hanifa ont adopté ou rejeté ses solutions, sans rien pouvoir donner de nouveau. De nos jours, le rite hanafite est prépondérant en Asie Mineure, Syrie et Mésopotamie, en Turquestan, en Europe musulmane en Chine et dans les Indes avec une forte minorité en Egypte et en Algérie.

La deuxième école en date fut l'école malékite qui s'est répandue en Afrique et en Espagne. Toutes les colonies françaises de l'Afrique du Nord sont principalement régies par ce rite. Son fondateur Imam Maleck, né à Médine en 95 de l'H. connu un des « Tabine », successeurs des compagnons du prophète, qui lui a transmis le hadîs et le droit enseigné par Ibn Omar (le fils du deuxième calif). La doctrine de Malek est plus conforme à la lettre du Coran que celle d'Abou-Hanifa. Malek eut pour disciple Iman Al-Chaféi qui a posé les règles les plus solides en fait de la recherche du degré d'authenticité des hadîs. Il a enseigné au Caire d'où sa doctrine fut répandue en Egypte et dans les différents pays musulmans ; actuellement, elle est encore prépondérante en Egypte et dans les Indes néerlandaises.

Le disciple de Al-Chaféi, Imam Ahmed Ibn Hambel, fut l'auteur d'une doctrine très rigide qui règne actuellement en Arabie. Les Wahabites, nouveaux conquérants du Hidjaz et du Néjd ont adopté sa doctrine en ce qui concerne le droit et celle d'Ibn Taymya en ce qui concerne les croyances et la négation des cultes des saints.

Actuellement, il subsiste aucune autre école, sauf l'école chiïte qui est considérée comme non orthodoxe et dont l'influence n'a pas dépassé la Perse.

La valeur de l'interprétation en législation musulmane

Nous avons parlé dans la définition du droit musulman de l'interprétation du Coran et du hadîs. Al-Cha'arani dans sa « balance » du droit musulman met en évidence le caractère obligatoire des quatre interprétations de l'école orthodoxe sans aucune distinction. Or ce qui peut surprendre, c'est que dans le détail, les solutions des quatre écoles sont contradictoires. Ce qui est permis d'après l'une est défendu d'après l'autre. Comment se fait-il que ces décisions ne s'annulent pas réciproquement, car enfin, il ne peut pas y avoir deux lois dans un même territoire, sur le même sujet sans que l'une abroge ou complète l'autre ? La vérité est que les quatre interprétations sont étrangères l'une à l'autre, à peu près comme le code français et le code belge. Mais ce qui est compréhensible quand on est en face de deux législateurs différents, ne l'est plus en droit musulman où Allah est réputé l'égislateur unique. Bien plus, Al-Cha'arani

prétend que toute interprétation « Ijtihad » même en dehors des quatre écoles est juste, c'est-à-dire ayant un caractère obligatoire. Les savants, dit-il, ont le droit d'établir des obligations « ahkam » là où ils trouvent à propos de le faire par un droit hérité du prophète. On entend par savant « mujtahid » l'homme qui réunit les conditions de la science telles qu'elles sont posées à l'unanimité à savoir, entre autre qualité : croire, pratiquer, savoir tous les hadis, le Coran, la langue arabe, la grammaire, etc... Quand un savant se trouve en face d'un fait il peut déclarer par sa seule autorité qu'il est Wajib, Haram, ou indifférents. L'« Ijtihad » est donc le pouvoir reconnu aux savants comme un droit hérité du prophète de tirer des solutions juridiques par analogie, « Kyasse ».

Mais en réalité, cette fiction d'héritage est admise plutôt pour légitimer un fait établi que pour expliquer son origine ou sa nature. Il n'y a ni caste de savants, ni conditions de forme à remplir pour être savant. Un cadî peut ne pas être « Mujtahid » et se rapporter dans ses décisions à l'avis de tel ou tel docteur, ce fut ainsi depuis plusieurs siècles. L'élaboration du droit, s'est continuée par les décisions « Fatawa » du mufti (une sorte de juge qui statue en droit et non pas en fait). Mais aussi depuis quelques siècles les savants ayant déclaré que « l'Ijtihad » est tari et qu'il n'y a plus lieu à d'autres interprétations que celles déjà constituées ; les pouvoirs du *Mufti* se sont trouvés du coup très amoindris. La fonction est devenue plus honorifique qu'effective, étant donné que les *muftis* statuaient d'après des recueils et compilations établies à leur usage.

Mais il est hors de doute que le droit d'interprétation existe, bien qu'il n'est plus exercé en fait par suite de la décadence où se trouve le monde musulman depuis 4 siècles. Bien plus, nous croyons que l'« Ijtihad » est un droit inaliénable au profit de tout musulman. Il y a à son profit une capacité de jouissance (ahlyet, al woujoub) en quelque sorte obligotaire d'exercer ce droit d'interprétation. D'après Iman *Da'oud* dont le rite n'a plus d'adepte de nos jours, il est obligatoire en toute circonstance de chercher soi-même la solution juste d'après une interprétation personnelle, même en matière contractuelle ; le recours à l'avis d'un savant n'est permis que s'il y a une excuse grave.

La qualité de savant n'est que la capacité d'exercice de ce droit « ahlyet oul idâ'e ».

La valeur législative des 4 écoles orthodoxes a donc pour source : le droit d'« ijtihad » appartenant à tout musulman adulte d'interpréter la parole divine ; droit qui par des circonstances de fait et de capacité n'a pu être exercé que par une minorité de savants, lesquels ont reconnu comme juste, telle ou telle doctrine.

Quand j'apparîtens par exemple au rite hanafite, toutes les dispositions

de ce rite deviennent obligatoires pour moi pour la raison que n'étant pas moi-même savant pour interpréter librement le Coran, je m'en remets à l'interprétation de ce rite. Donc, c'est par ma volonté seule que je déclare tel acte juste et tel acte injuste, car toute personne ayant le droit de passer d'un rite à un autre, pourra, ce faisant changer de législation. Tout musulman peut passer d'un rite à un autre sans aucune restriction. Ce changement de législation n'est pas réglementé, il n'y a qu'une restriction en ce qui concerne le droit humain ; c'est que ce changement ne doit pas avoir pour but un cas particulier, afin de profiter d'une solution moins rigoureuse d'un autre rite. En pratique un Cadi ne statue que selon le rite pour lequel il a été investi par le pouvoir central ; dans la contrée où la population se groupe en plusieurs rites, il est d'usage d'instituer des juridictions différentes, comme c'est le cas en Algérie, où il y a des Cadis Hanafites et des Cadis Malikites.

Si l'on trouve une autre interprétation plus conforme à la justice de Dieu, que telle disposition d'un rite, celle-ci n'a plus de raison d'être, car elle tirait toute sa force de la volonté de la maintenir. Il n'y a de sacré et d'immuable dans la législation musulmane qu ce qui fut édicté par le Coran d'une manière catégorique sans être abrogé par un deuxième verset postérieur. Le jour donc où une nouvelle « ijtihad » vient abroger un rite dans une contrée déterminée, ce rite n'aura plus de raison d'être ; il ne conservera plus qu'un intérêt historique.

Il y aura ruse « Hila » de la part d'une personne faisant partie de la communauté qui a accepté une nouvelle « ijtihad », si elle veut recourir aux dispositions du rite abrogé. En fin de compte, quand les musulmans parlent de leur législation comme sacrée et immuable, ils n'entendent point conférer cette qualité à tel rite déterminé, mais ils entendent parler d'une législation immuable, éternelle et idéale qui se dégage de l'esprit du Coran et à laquelle ils doivent se conformer.

Le Code ottoman

Quand il a été question dans l'empire ottoman de réorganiser l'administration judiciaire et d'adopter une organisation plus moderne, on fut amené à poser la question des codes. Il y avait bien entendu de nombreux règlements royaux (Iradat sanya) sur des matières disparates, mais ils ne pouvaient plus répondre au but de l'organisation nouvelle. De plus, si en matière pénale et de procédure civile on pouvait s'inspirer des codes européens) la question était plus délicate en matière civile. Tout d'abord on devait négliger tous les statuts personnels attendu que cette matière relevait de droit canonique de différentes communautés religieuses. L'on ne pouvait par conséquent, ni les obliger à se soumettre au droit musulman,

ni adopter en cette matière les dispositions des codes européens, vu que la religion d'Etat était toujours censée être la religion musulmane. C'est pourquoi toutes les questions personnelles : mariage, divorce, affranchissement, « *Habous* », pensions alimentaires, allaitement, compositions, absence et successions relevaient de la compétence des tribunaux religieux des cadis. Les communautés non musulmanes étaient dotées de conseils spirituels dont la compétence était prévue par des règlements. Mais en principe, la compétence des tribunaux religieux des cadis subsista en toutes matières, si les deux parties en convenaient. Les cadis n'étaient désaisis qu'en matière commerciale, pénale et en tout ce qui concernait l'intérêt et des dommages-intérêts. Une Irada en date 1887 a précisé les matières où ces tribunaux ont une compétence exclusive ou facultative. Par conséquent, le droit musulman était en principe le droit commun. Le code civil ne devait donc comprendre que le statut réel et la matière contractuelle. Or en ces matières le droit musulman contenait assez de substance pour ne pas avoir besoin de recourir aux législations européennes. Mais la richesse même de cette législation était justement son grand défaut ; Il fallait donner aux tribunaux civils un code précis qui réunit les décisions les plus acréditées, en faisant un choix minutieux entre les décisions inspirées par certaines conditions économiques et sociales déterminées et celles qui pouvaient répondre aux conditions économiques de la vie moderne.

Une commission fut chargée de la rédaction du code d'après le rite hanafite. Il fut promulgué en 1868. Ce code appelé Majallat est actuellement en vigueur dans les pays démembrés de l'empire.

Sources positives de droit musulman

Les sources du droit musulman ce sont le Coran et les Hadis inspirés (paroles du prophète). Aussi dans tous les rites, quand on parle de législateur (*chari'e*) on entend non pas une autorité constituée, assemblée législative, école de savants ou roi, mais la volonté divine agissant comme législateur dans la vie terrestre. C'est donc Allah qui est réputé législateur de l'Islam. Le prophète n'est qu'un interprète incontesté de cette volonté divine. Quant aux différents auteurs et *imans* ce ne sont que des interprètes des versets du Coran et du Hadis statuant en matières de droit. Leurs interprétations, bien que devenues en fait incontestables pour un musulman ne sont théoriquement, et par l'aveu des auteurs eux-mêmes, que des opinions personnelles.

C'est un des traits caractéristiques du droit musulman que cette fiction d'attribuer toute l'initiative du droit à Allah. Pour statuer sur une ques-

tion d'ordre nouveau qui n'a pas été prévue, les auteurs devaient recourir au procédé de l'analogie « *kyasse* » (déduire la solution d'un cas prévu en s'inspirant d'une solution déjà prévue par le Coran et le hadis).

La religion musulmane: d'après les auteurs musulmans, la religion c'est l'ensemble de l'ordre et de la défense de Dieu dans les 5 matières suivantes :

1) Croyance ; 2) convenance ; 3) pratique religieuse ; 4) actes juridiques ; 5) droit pénal. La religion « *al-dine* », ce n'est donc point seulement les simples rapports de l'homme avec Dieu, mais aussi les rapports des hommes vivant en société. Tout acte contraire à la loi civile ou pénale est un délit religieux.

La science du fiqh: le fiqh est cette partie de la religion qui a pour objet les trois matières suivantes : le droit civil ; le droit pénal ; les pratiques religieuses.

Le droit et la religion ne sont pas séparées en deux ordres d'idées distinctes. Le droit constitue la partie sociale de la religion, mais il ne peut en différer ni par sa source, ni par sa nature.

Al-Amidi donne de la science de « *fiqh* » la définition suivante : c'est la science qui a pour objet l'étude de l'application dans les détails des cinq jugements qualificatifs. C'est-à-dire, c'est la science qui a pour objet l'exposition détaillée des actes obligatoires défendus, préférables, détestables ou indifférents.

La science de Al-Ouçoul a bien aussi pour objet l'étude des cinq jugements qualificatifs, mais au lieu de les étudier dans les détails et les applications, elle les étudie d'une manière générale en ramenant tous les cas d'espèce à des notions abstraites. Dans cette partie de *Al-Ouçoul* nous trouvons toute la théorie de l'obligation (naissance, effet, extinction). En plus, il y a la partie pratique de cette science qui est la méthode d'interprétation dont l'objet est l'étude de la valeur comparative du Coran et du hadis, le système de l'analogie et déduction « *kyasse* ». La science de Al-Ouçoul ne doit pas être étudiée séparément du fiqh. Les deux doctrines ont un seul et même objet ; il n'y a que la méthode qui diffère. Le « *fiqh* » est essentiellement empirique, tandis que *Al-Ouçoul* est abstrait et pose des règles générales.

CHAPITRE II

Notions sommaires sur les matières des obligations et contrats

Les 5 jugements qualificatifs de l'acte

Les Ouçouliouns entendent par jugements du législateur « Hikm el-charî » les dispositions de la volonté divine concernant certains actes juridiques, certains faits matériels ou certaines situations objectives.

Ces dispositions peuvent être de deux ordres :

1° l'exigibilité ;

2° la faculté.

L'exigibilité « *Iktid'a* » peut avoir pour objet des obligations de faire et des obligations de ne pas faire. Ils distinguent à cette occasion les termes énergiques employés par le législateur ou défenses accompagnés de sanctions), et les termes qui ne sont pas (ou, suivant la terminologie romaine, *legs imperfectae*).

Quand aux dispositions facultatives ce sont des faits ou des actes qui ne sont ni ordonnés, ni défendus. Elles sont complètement indifférents à la volonté divine. Ces actes ne peuvent être moraux ou immoraux, justes ou injustes que par leurs motifs ou (comme on dirait en droit français) par leurs causes.

En considérant les différentes dispositions de la volonté divine tout en tenant compte des termes employés nous pouvons classer les jugements de l'acte en cinq ordres :

1° Le « *Wajib* »... obligation de faire, parfaite (obligation) ;

2° Le « *Haram* »... obligation de ne pas faire, parfaite (défense) ;

3° « *Moustahab* »... obligation de faire, imparfaite, c'est-à-dire qui est énoncé sans sanction terrestre (méritoire ou préférable) ;

4° Le « *Makrouh* »... obligation de ne pas faire, imparfaite (désirable) ;

5° Le « *Moubah* »... indifférence, qui concerne des actes ou abstentions facultatifs.

Un acte humain quelconque moral ou juridique sera d'après ces jugements, obligatoire, défendu, méritoire, détestable ou indifférent.

Les *Ouçouliouns* ont remarqué cette confusion de la morale et du droit en législation musulmane et ont par conséquent classé les actes, objet de ces jugements en bien et en mal. Faire l'obligatoire, le méritoire et l'indifférent, c'est faire le bien; faire le défendu, le détestable, c'est faire le mal.

Mais si l'obligation civile et l'obligation morale coïncident et se confondent intégralement au point de vue des sanctions dans les obligations parfaites, « *Wajib, Haram* », il n'en va de même dans les obligations imparfaites (le méritoire et le détestable).

Les dispositions du Coran concernant ces derniers jugements qualificatifs (les obligations imparfaites) ne comportent pas de sanctions en droit civil ou en droit pénal. La vente d'une esclave séparément de son enfant est détestable, mais non pas nulle. Il y a simplement une infraction à une obligation divine.

Mais si les obligations imparfaites n'ont aucune sanction en droit positif, elles ne sont pas pour cela des obligations imparfaites dans le sens donné en droit français aux obligations naturelles. Les *Ouçouliouns* disent que le « *Makrouh* » est l'acte dont l'auteur mérite d'être grondé; et définissent le « *moustahab* » par l'acte dont l'auteur mérite des louanges. C'est au juge qu'incombe de sanctionner par des injonctions ou des défenses ces obligations qui en droit positif n'ont qu'une qualification morale sans effets immédiats. Les pouvoirs du cadî et en général les attributions du pouvoir judiciaire sont bien plus étendus que ceux reconnus au juge dans les systèmes du droit moderne. Le cadî a dans l'interprétation *ijtihâd* et l'élaboration du droit une latitude qui n'est pas reconnue au juge français. Par conséquent, s'il lui paraît que l'acte juridique *makrouh* mérite une sanction, il peut par son pouvoir de gronder « *Ta'zir* », faire infliger des peines à l'auteur de cet acte; il peut de même déclarer nul cet acte. Quant aux obligations imparfaites de faire, il peut aussi les imposer au besoin aux justiciables. Enfin, le juge a eu vraiment, du moins à l'origine le pouvoir de contrôler la moralité aussi bien que la légalité des actes juridiques à lui soumis.

Le patrimoine (Al-Zimma)

Quand on parle du patrimoine en droit romain ou français, on évoque une universalité qui absorbe les droits et les obligations pécuniaires. Une obligation morale ou naturelle relève de la conscience et non point du pa-

trimoine. Les droits de famille notamment sont des droits extra-patrimoniaux.

Le droit musulman ne reconnaît pas aux droits et obligations pécuniaires une individualité propre, abstraction faite de la personne. Al-Zimma, c'est la personnalité morale de l'homme, par laquelle il se distingue des animaux et des choses. C'est cette personnalité qui sera titulaire de droits et d'obligations. Mais du moment que la personnalité distingue l'homme des animaux et des choses, il n'y a pas de raison que les droits et les obligations moraux ne se trouvent pas confondus ou plutôt réunis avec le patrimoine. Al-Zimma c'est donc à la fois le patrimoine pécuniaire et religieux (ou la conscience d'une personne).

Origine de Al-Zimma: Quand Dieu a créé Adam, il en a extrait toute sa descendance et lui a expliqué ses droits et ses devoirs dans la vie. A l'acceptation par l'humanité de ces droits et devoirs, Dieu l'a remise de nouveau dans le corps d'Adam. Il y a eu donc un pacte entre Dieu et l'homme, un « miçaque » qui est le statut de l'humanité dans la vie terrestre.

Cette explication est donnée au mot « miçaque » qui se trouve toujours évoqué dans le Coran, par des hadis plus ou moins apocryphes. Ce qui est certain c'est que le Coran invoque toujours le pacte « miçaque » éternel pour rappeler les hommes à leur devoir.

Les Ouçouloun, tout en admettant *que les obligations sont telles parce qu'imposées par Dieu* « djabre », n'admettent pas que la volonté de Dieu soit arbitraire. Allah a établi des compensations en contre-partie des obligations qu'il a édictées.

En effet, une al-zimma vaut à l'homme 3 distinctions :

1° L'immunité « Issma » l'absence de toute faute à sa charge en venant au monde ;

2° La liberté « Al-Hourriat » c'est-à-dire le libre arbitre en même temps que la non subordination d'un homme à un autre, c'est aussi l'égalité des hommes devant Dieu ;

3° La propriété « al-milk » c'est-à-dire la capacité d'être sujet actif et passif de droits.

Toute personne a une *al-zimma* (même l'enfant, l'esclave, et l'étranger). Elle lui est acquise par la naissance ; elle dure jusqu'à sa mort. Une al-zimma ne peut pas se confondre avec une autre. Celle du père et de l'enfant mineur, du maître et de l'esclave, du mari et de la femme sont distinctes et indépendantes les unes des autres. Le droit musulman ne connaît aucune des institutions qui découlent de la confusion ou de l'absorption d'un patrimoine par un autre. La *patria potestas* du père n'annihile pas la personnalité de ceux qui y sont assujettis. De la même idée découlent la

non-succession à la personne du *de-cujus*, et l'absence de la communauté de biens entre la femme et le mari. Le mari n'a le pouvoir d'administrer les biens de sa femme que s'il a été mandaté par elle.

Coexistence des droits et obligations patrimoniaux et extra patrimoniaux dans le ressort d'une al-zimma

Remarquons tout d'abord que tout ce qu'on appelle droit extra-patrimonial, doit figurer dans une classification logique en droit musulman sous la dénomination de droit divin. En effet, Imam Aboul-Kassim donne cette définition du droit divin : « c'est le droit qui est reconnu à la charge d'une personne dans l'intérêt général ; il n'est pas attribué à Allah, parce que celui-ci a un intérêt à son accomplissement ; mais ce droit, ayant un but d'intérêt général à tous les humains, est attribué à Dieu pour le soustraire à l'action de telle ou tel Tyran ».

Quant aux droits patrimoniaux, ils sont l'objet de la propriété « *al-milk* » qui est comprise dans une « *zimma* ».

Nous disions tout à l'heure que le droit musulman n'a pas séparé la notion de patrimoine de la personnalité morale de l'homme. Par conséquent, tous les droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux nés au profit d'une personne seront à l'actif de sa « *zimma* » sans faire la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial comme en droit français. La personne débitrice aura au passif de sa « *zimma* », et suivant le droit dû, un des 5 jugements qualificatifs ; elle devra un « *wajib* », un makrouh, un « moustahab » ou un « haram ». Autrement dit l'obligation de la « *zimma* » sera ou bien une obligation de faire ou de ne pas faire parfaite ou bien une obligation de faire ou de ne pas faire imparfaite sans aucune distinction entre le droit humain et le droit divin, entre le droit patrimonial et extra-patrimonial. En un mot, le droit musulman sous ce rapport, ne fait pas les séparations usuelles chez les peuples d'occident qui consistent à voir dans l'homme, plusieurs aspects différents, et à considérer tantôt l'agent moral, d'où la notion de la conscience, tantôt la personne de droit civil d'où la notion de patrimoine. Le droit musulman ne croit pas séparer les deux ordres de droits et de devoir. Si l'homme diffère des autres créatures et leurs est supérieur, c'est parce qu'il a seul une personnalité, une conscience de soi. C'est par cette personnalité qu'il s'individualise parmi ses semblables ; et il n'est pas moins certain que cette individualité est « une et indivisible ». Le droit musulman, s'arrêtera là et il fera découler de la « *zimma* » les obligations patrimoniales et extra-patrimoniales de droit civil, ainsi que les obligations morales et divines. C'est que pour

l'Islam dans ces tendances pures, la distinction du droit et de la morale est factice. Les obligations parfaites et imparfaites dans la pratique de la religion (prières, jeûne, pèlerinage, etc....) et dans la pratique du droit « mouamalat » n'ont point dans la pensée du législateur musulman une différence de nature. Nous l'avons déjà dit et c'est ce qu'il ne faut point perdre de vue. Le fait, que les obligations parfaites sont sanctionnées par des nullités et que les obligations imparfaites sont sanctionnées par les soins du juge n'en fait point deux ordres d'obligations de nature opposée comme en droit français.

Classification des actes juridiques

Le droit envisage et a pour objet certains actes ou faits extérieurs. Tout ce qui est du ressort de l'âme est l'objet d'autres matières de la religion.

En tout cas le *fiqh* envisage deux ordres de choses :

1° les actes de fait : Tassarrouat *fi'elya* ;

2° les actes prononcés ou formulés : Tassarroufat *Kaoulya*.

Les actes de fait sont d'abord toute la matière de droit pénal, les voies de fait. En outre, des actes matériels qui ont un intérêt en droit civil sont considérés par les auteurs comme acte de fait : possession, détention, tradition, échange matériel, dommage, etc...

Les actes prononcés sont les contrats et conventions « oukoud » et les actes juridiques unilatéraux, enfin tout ce qui peut être formulé par des paroles : l'apostasie, le serment, le jugement ou tout autre acte juridique.

Les actes juridiques formulés peuvent être ou bien révocables ou bien irrévocables.

Les actes irrévocables : ce sont les actes qui une fois formulés ne peuvent plus être rétractés. Leurs effets sont définitifs.

Il y a une subdivision de ces actes qu'on rencontre aussi chez les auteurs. En effet, les actes irrévocables peuvent être constitutifs de droit ou déclaratifs.

Les actes irrévocables constitutifs : ce sont les actes qu'on appelle (oukouat, Ykaat). Ex. : divorce et ses variétés, affranchissement, serment et vœu. Ces actes ne sont pas susceptibles de révocation « Faskh » ni en justice, ni par consentement mutuel.

Les actes irrévocables déclaratifs : ce sont les actes dit « akarir » : aveu, quittance, reconnaissance de dettes, reconnaissance de paternité, etc..

Les actes révocables: ce sont les actes juridiques susceptibles d'annulation « faskh » par consentement mutuel ou en justice.

Deuxième classification des actes prononcés : les actes prononcés peuvent être faits gratuitement ou à titre onéreux.

Les actes d'échange: ce sont les actes juridiques, engagement bilatéral ou actes irrévocables (divorce ou aveu) qui sont accomplis contre un équivalent. Ex. : l'affranchissement prononcé contre le paiement d'une somme d'argent, vente, louage, etc...

Les actes gratuits ou de non échanges: ce sont les actes accomplis par une personne sans contre partie: ex. : divorce ou affranchissement purs et simples, donation, mandat, etc...

Sources des obligations

Les obligations parfaites ou imparfaites proviennent de cinq sources différentes :

La loi: les obligations légales en droit privé musulman sont très nombreuses ; elle offrent toutes ce trait commun de résulter de certaines situations objectives : parenté, co-propriété, voisinage ou esclavage, etc...

La volonté unilatérale: En droit musulman, la volonté unilatérale a un très grand champ d'action. Il y a d'abord les actes unilatéraux qui seront des faits générateurs d'obligations légales: divorce, reprise de mariage « raj'a », affranchissement, etc... Ces actes s'accomplissent en vertu d'une seule volonté. La plupart de ces actes sont ce qu'on appelle les actes irrévocables (l'offre et l'acceptation du mariage considérées séparément peuvent être assimilées à ces actes unilatéraux par leur effet et leur nature).

En deuxième lieu y a les actes unilatéraux déclaratifs irrévocables: (aveu, reconnaissance ou remise d'obligation), qui s'appellent « *akarir* » pl. « *Ikrar* ». Ces actes s'accomplissent aussi en vertu d'une volonté unilatérale. Leur validité ne dépend pas d'une acceptation ultérieure.

Mais où les auteurs musulmans déclarent que l'obligation prend naissance en vertu d'une volonté unilatérale; c'est en matière de vœu, de serment et de promesses conditionnelles. Al-Hamouy disait: il n'y a que deux choses qui peuvent être obligatoires, par la volonté de l'homme, le vœu et la promesse conditionnelle.

Le dommage: On classe généralement le dommage et les délits parmi les obligations légales c'est ce que M. VAN DEN BERG a fait dans ses « principes de droit musulman ». Néanmoins, il serait plus clair de faire une

place à part au dommage et à la faute. L'art. 19 c. ottoman dispose que la loi ne tolère ni le dommage, ni la réparation du dommage par le dommage. Le deuxième alinéa consacre le principe suivant lequel personne n'est admis à se faire justice. L'art. 20 vient ajouter que le dommage se répare par les moyens légaux.

L'idée de dommage groupe en droit musulman tous les cas d'obligations quasi-contractuelles et quasi-délictuelles. Ainsi l'enrichissement sans cause et la faute non-intentionnelle relèvent du dommage. Le cas d'obligation par dommage ne suppose même pas une responsabilité ou intention de nuire. Un enfant, un fou, sont tenus, sur leurs biens, des dommages qu'ils peuvent causer par leur fait. Il n'y a qu'une seule condition à la réparation du dommage, c'est qu'il y ait un rapport de causalité entre le dommage et l'agent directe.

La faute: si le dommage causé par un agent direct est générateur d'obligations, il n'en va pas de même du dommage causé par un agent indirect. Si je creuse un puits dans un terrain et si l'animal que conduit une personne vient s'y précipiter, je ne suis que l'agent indirect du dommage, dont l'autre personne est l'agent direct ou « la cause ». Puis-je être tenu de l'obligation de réparer le dommage dans ces conditions? Non, car le dommage n'a pas été causé par mon fait, c'est l'autre personne qui sera tenue de l'obligation de réparer, si l'animal ne lui appartient pas. Mais supposons que l'animal soit venu se précipiter de lui-même sans être conduit par quelqu'un, il est évident que dans ce cas-là, il n'y a qu'un seul agent du dommage, c'est l'agent indirect (celui qui a creusé le puits); il est l'agent motivant.

L'agent motivant peut-il être tenu du dommage, s'il y a un agent causal ou direct du dommage? Non, répond l'art. 93 « l'agent indirect n'est tenu de dommage que s'il y a intention de sa part « faute ». Au contraire, dit l'art. 92: « l'agent causal et direct est tenu de dommage même s'il n'a pas eu l'intention de la faire « faute » ».

Quand y a-t-il faute? Il n'y a pas faute sans intention de nuire « ta'amoud » l'agent doit avoir accompli l'acte avec l'intention de nuire, tout en sachant ce qu'il faisait. Un enfant ou un fou, ne sont pas capables de cette intention; ils ne seront tenus que du dommage qu'ils ont causé directement. Au contraire, il n'est pas nécessaire d'avoir une capacité civile pour être capable d'un « ta'amoud »: un esclave peut être déclaré fautif.

Voilà la première condition pour qu'il y ait faute: l'intention de nuire avec discernement.

La deuxième condition pour qu'il y ait faute à la charge de l'agent indirect, est que l'acte que l'on veut déclarer fautif soit illicite, ou tout au

moins qu'il y ait abus de droit. L'art. 81 nous dit que les actes permis par la loi ne peuvent pas donner lieu à dommage « la permission de la loi exclut la responsabilité ». Si j'emprunte une bête de somme et que j'en use dans les limites convenues par l'usage, je ne peux pas être tenu de l'obligation de restituer si elle vient à périr par suite des travaux normaux; ce n'est qu'en dépassant cette limite que mon acte peut devenir fautif. De même si j'ai une servitude de passage dans un champ et que j'y jette par maladresse une allumette allumée, je ne peux pas être tenu de réparer le dommage que causerait un incendie fortuit.

La troisième condition pour qu'il y ait faute, c'est que l'acte ne puisse être imputé à un cas de force majeure.

Les juristes distinguent cinq motifs à un acte quelconque: 1° la force majeure; 2° le besoin; 3° l'intérêt; 4° le plaisir; 5° l'inutilité.

Il n'y a que le cas de force majeure « *daroura* » qui empêche l'acte de devenir fautif (la notion de force majeure « *daroura* » n'est pas bien définie par les auteurs. En matière pénale il n'y a que le danger de mort, ou tout au moins la perte de membres, qui puissent constituer un cas de force majeure ou nécessité. En matière contractuelle, on ne peut pas s'en tenir à cette définition proposée par Ali-Haydar; on doit comprendre par « *daroura* » toutes circonstances où l'acte est imprévisible et irrévivable; c'est ce qui se dégage des écrits des auteurs arabes. « *Daroura* » est donc à la fois le cas fortuit et la force majeure de droit français).

Pour conclure il n'y a faute à la charge de l'agent indirect qu'à condition que son acte soit:

- 1° intentionnel;
- 2° non édicté par un « *daroura* »;
- 3° que l'acte accompli soit illicite;
- 4° qu'il en résulte un dommage.

Résumé. — Les cas de faute et de dommage se rapprochent sans se confondre. Le dommage est par lui-même générateur d'obligations à la charge de son agent causal, son agent direct. Peu importe, dans ce cas là, qu'il y ait eu faute ou non, pourvu que le dommage n'ait pas été causé par un acte légal (art. 91): peu importe le discernement ou l'intention de nuire de l'agent; et même peu importe que ce dommage ait eu un agent moral fautif, c'est toujours l'agent direct qui est responsable. Une personne peut conseiller un acte dommageable à autrui sans qu'elle soit tenue de la réparer. C'est ce que l'art. 89 nous dit: « celui qui donne l'ordre ne garantit pas » l'ordre dont il s'agit ici, c'est le conseil, c'est l'ordre d'une personne à qui l'on doit le respect, enfin il s'agit de tout agent moral en général.

Mais quand le dommage provient de l'agent moral, il peut donner lieu à responsabilité si cet agent a été fautif et en l'absence de l'agent direct.

Le droit musulman n'admet le dommage moral, que dans les cas où il y a intention de le faire. Mais comme en général, un dommage moral ne peut être constaté directement, il serait impossible de réclamer des dommages intérêts. A moins d'établir un dommage réel, le dommage moral n'est jamais réparé. Les auteurs hanafites s'en tiennent à cette idée que si l'on fait payer à l'agent fautif ou direct plus qu'il n'a causé en fait, il y aura un cas de vengeance et non de justice. Ils appellent « *damanoul i douan* » la répartition du dommage matériel causé par l'agent direct ou indirect. Toute réparation qui dépasserait le dommage matériel serait illégage.

(les Oukoud)

Les engagements bilatéraux « *oukoud* » forment la cinquième source des obligations. Les auteurs musulmans n'ont pas des termes spécifiques pour désigner les contrats et les conventions. L'« *akd* » dit le commentateur d'Al-Pezdevi, c'est la liaison de deux paroles. Le terme « *akd* » recèle deux idées à la fois (contrat et convention) comme la plupart des termes juridiques en législation musulmane.

Pour qu'un engagement bilatéral soit valable il faut : deux parties, un objet licite, la capacité et le consentement des parties.

Principe de l'imputation

(Théorie de la cause)

En droit musulman l'étude de la causalité juridique domine toute la doctrine et les systèmes de jurisprudence. Il s'agit d'attribuer et d'imputer un fait juridique à un autre et de trouver les conséquences de cet enchaînement. D'ailleurs, si nous remarquons le caractère religieux et moral du droit musulman cette préoccupation se trouve légitimée.

La causalité domine tout le droit. Nous en avons vu une application en matière de dommage et de faute. Mais on a encore recours au système de causalité pour apprécier la validité des actes juridiques et leurs conséquences, c'est-à-dire les obligations qui peuvent en découler.

Ce qui peut être cause : l'inexistant ne peut pas être cause, car il n'y a pas d'effet sans cause (il s'agit naturellement de l'inexistence absolue). Un négatif peut être indifféremment cause d'un effet négatif ou positif.

Je stipule telle qualité dans une vente, si elle fait défaut dans l'objet de la vente je peux annuler le contract, voilà une cause négative à effet négatif. Je stipule la non-existence d'un tel défaut dans l'objet de la vente, tant que le défaut n'est pas constaté la vente existe, c'est le négatif qui est cause d'un effet positif; mais si je viens à constater le défaut de la qualité stipulée, je peux annuler mon contrat de vente. ici c'est le positif qui est cause du négatif.

La cause c'est tout ce qui conduit directement à l'effet dans un jugement (l'effet en droit peut-être une obligation ou un acte juridique quelconque).

Une parole ou une formule, une intention, une qualité stipulée, une condition dans un contrat, ou un simple acte matériel, peuvent être des causes en droit. Je blesse quelqu'un, ou je fais tradition d'une chose, je pose une condition dans un contrat, ou je stipule une qualité désirée dans vente, ou enfin je ramasse une pièce d'or dans l'intention de la garder pour moi; dans le premier cas l'acte de blessure est une cause de l'obligation de réparer le dommage, la tradition est une cause de l'existence d'un contrat, dans le troisième cas, la condition que j'ai posée est la cause des obligations nées du contrat, à défaut de laquelle celui-ci n'aura plus d'existence; enfin dans le quatrième cas, l'intention de garder la pièce d'or est cause de mon obligation de garantie envers son propriétaire si je viens à la perdre.

Le motif c'est tout ce qui conduit indirectement à l'effet. Si je dis, je vends ce bien parce qu'il m'est inutile: Je suis la cause de la vente (ou bien mon offre est cause de la vente si elle se rencontre avec une acceptation conforme). Le motif de la vente est l'inutilité de la chose. Autre exemple: un passant me demande la route, pour aller à telle ville, je lui indique une fausse route, où il est attaqué par des brigands. Je suis le motif du vol, les brigands en sont la cause.

Principe de l'imputabilité: Les jugements juridiques (actes juridiques unilatéraux, contrats, obligations, nullité d'un contrat, etc..) s'attribue à leur causes et non à leurs motifs. Ils ne s'attribuent au motif qu'en l'absence de l'agent causal, et que si le motif devient, dans des circonstances déterminées, l'agent direct d'un effet illicite (art. 90, 93, code ottoman).

Applications pratiques: Le principe ne nous dit rien de précis. Nous étudierons ici quelques cas d'après le rite hanafite.

Les actes matériels: Les actes matériels et les voies de fait s'attribuent toujours à l'agent causal. C'est l'idée déjà étudiée du dommage générateur d'obligation. On n'attribue les actes matériels à l'agent indirect (motif, agent moral) qu'en établissant une faute à la charge de cet agent; auquel cas il est assimilé à une cause.

LES ACTES JURIDIQUES

Les actes juridiques irrévocables constitutifs: Ces actes s'attribuent toujours à l'agent direct, à celui qui les accomplit. Un divorce, un affranchissement sont pleinement valables, bien qu'ils aient été extorqués par dol ou violence. L'agent indirect (l'auteur du dol ou de la violence) est absolument indifférent. Ces actes, une fois accomplis, produisent tous leurs effets d'une manière irrévocable, car ils ont pour cause la prononciation par l'intéressé des formules et non pas l'intention de divorcer ou d'affranchir. L'intention c'est le motif, donc il est indifférent.

Les actes juridiques irrévocables déclaratifs: La cause de ces actes c'est aussi la prononciation de la formule, d'où leur caractère irrévocable. Mais ils présentent cette particularité de déclarer un état de chose préexistant, aussi leur cause réelle est-elle la véracité de la déclaration; la formule prononcée n'est que leur cause apparente. Je déclare: je dois cent francs (si je viens à me rétracter par des moyens plus ou moins détournés, et à dire par exemple, je dois cent moins cent, ce changement est l'effet du motif qui m'a incité à faire la déclaration). Or, un motif n'a aucun rapport direct avec l'obligation et par la même raison le changement du motif qui m'a incité à faire la déclaration ne changerait rien à l'obligation déjà parafaita par la prononciation de la formule, car c'est la formule qui est l'agent direct ou la cause de ces actes.

Mais pourquoi une reconnaissance (aveu) extorqué par violence n'est-elle plus valable et n'oblige-t-elle jamais la partie qui l'a faite? C'est parce que la cause réelle (la véracité de la déclaration) fait défaut. Une violence fait toujours présumer non véridique une reconnaissance, un aveu ou une remise d'obligation.

Mais supposons que j'achète du vin, la vente est nulle pour cause d'objet illicite. Puis-je faire une reconnaissance de dette, sans indiquer sa cause qui est illicite et valider ainsi cette vente? Non, car la cause cachée, d'une reconnaissance (la préexistence d'un contrat ou d'une obligation valable), c'est l'état de chose préexistant; si celui-ci est illicite la reconnaissance a donc une cause illicite et elle sera nulle et de nul effet.

Remarque: les actes déclaratifs recèlent en réalité deux ordres d'actes différents. Une déclaration peut en effet ou bien concerner des obligations de nature pécuniaire, aveu de vente, reconnaissance de dette, quittance, etc... ou bien, elle peut se rapporter à des obligations extra pécuniaires, aveu de filiation, reconnaissance de devorce ou d'affranchissement.

Les classifications des auteurs en matière d'actes juridiques sont très vagues. C'est pourquoi nous nous sommes abstenus de voir dans les actes déclaratifs des actes consensuels comme les contrats. Ils sont quelquefois

consensuels et quelques fois formalistes. Je déclare que je dois cent francs, ma déclaration fait foi contre moi, je ne peux ni la rétracter, ni la rétracter, ni la modifier, mais si j'ai été amené à faire ma déclaration par plaisanterie ou violence, ma déclaration est nulle.

Donc les actes déclaratifs ont deux causes à la fois : l'une apparente qui est la formule, et l'autre cachée qui est vérité.

Les motifs de ces actes ce sont une intention de gratifier, une intention de s'acquitter, une intention d'affranchir, etc... La formule et la vérité de la déclaration forment ce qu'on appelle en science d'Al-Ouçoul la cause composée. Comme nous le verrons plus tard, les contrats ont aussi deux causes, mais qui sont solidaires (l'offre et l'acceptation, et l'intention).

En disant que les contrats sont des actes consensuels en droit musulman on synthétise les deux causes en une seule : « le consentement » qui comprend la volonté et l'action (l'intention pure et la volonté déclarée) à la fois.

Quant aux actes déclaratifs, il se trouve vraiment qu'ils ont deux causes distinctes rationnellement et juridiquement et qui forment néanmoins la cause composée : si la déclaration est contraire à la vérité, elle n'a pas de valeur, mais tout de même il n'est pas nécessaire qu'elle établisse la vérité. On peut toujours citer les mêmes exemples : une reconnaissance par violence est nulle car elle est contraire à la vérité. Tandis que la reconnaissance d'une dette qui n'a pas existée est valable et irrévocable.

Les actes juridiques révocables (contrats et conventions) : En réalité les actes juridiques révocables sont des actes consensuels, puisqu'il peut y avoir contrat et convention longtemps avant leur exécution matérielle et qu'il peut y avoir contrat et convention sans emploi d'aucune formule (mode de contracter *Ta'ati*, do ut des). Tout le formalisme verbal (les formules de contrat) que le rite hanafite a élaboré dans sa jurisprudence est inutile et devait ramener les docteurs de ce rite à leur point de départ : à savoir, les contrats et les conventions sont des actes consensuels.

Mais si les contrats et les conventions sont des actes consensuels, ils ont deux causes : l'une apparente (formules prononcées, c'est-à-dire offre et acceptation verbales, échange matériel, tradition) et l'autre cachée (l'intention de vendre, l'intention de donner, l'intention de gager, etc...). Le jugement juridique concernant un contrat ne peut exister que si les deux causes du contrat existent à la fois, à savoir : l'intention de vendre par exemple et l'offre de la vente. Si les deux causes sont opposées ou contradictoires, où que l'une des deux fasse défaut ou qu'elle soit illicite ou immorale, le jugement est invalide, c'est-à-dire le contrat est nul ou à option suivant les cas.

LE MOTIF DANS LES ACTES JURIDIQUES

(*Les actes irrévocables en général*)

Affranchissement: Le motif et la cause de l'affranchissement se confondent presque. C'est un acte pieux, il est exigé par la religion, il est souvent demandé comme objet de repentir « Kaffara ». Il ne peut pas avoir de motif illicite. Il y a presque une présomption légale irréfutable que le motif de l'affranchissement est toujours licite. Donc ni la violence, ni l'erreur, ni le dol, ni la plaisanterie ne peuvent l'infirmar. Le jugement concernant l'affranchissement s'attribue irrévocablement à sa cause, c'est-à-dire à la formule de l'affranchissement.

Divorce: Bien que qualifié d'acte indifférent, le divorce est le plus détestable des actes indifférents, d'après le hadis. Pourtant la jurisprudence n'offre que très peu d'exemples où l'on attribue le divorce au motif illicite pour l'annuler. On peut citer comme exemple, la nullité du divorce prononcé dans la dernière maladie en vue d'écarter la femme de la succession. Il y a dans ce cas là un motif illicite ou fautif. Le divorce sera attribué non à sa cause (qui est la formule du divorce), mais au motif fautif. Puisque le motif est illicite et que l'acte du divorce est l'effet de ce motif, il est par conséquent nul.

Les reconnaissances: Les motifs des reconnaissances et de l'aveu qui sont des actes irrévocables déclaratifs, sont, comme nous l'avons dit, une intention de s'acquitter, de gratifier, d'effectuer une novation, etc... Si par conséquent, on peut établir le caractère illicite de ces motifs, on pourra annuler ces actes.

Le motif dans les contrats: Les contrats sont aussi parfaits par leurs causes. Les motifs y sont indifférents. Je veux bâtir une maison, j'achète un terrain, après quoi je change d'idée. La vente est parfaite car le motif est étranger à l'acte. Si au contraire, je fais de la construction de la maison une condition dans ce contrat; la condition étant devenue cause, je peux annuler le contrat si la condition ne se réalise pas.

Mais le motif illicite ou immoral peut influencer sur la validité des contrats. C'est le cas de l'attribution du jugement juridique à son motif illicite. J'achète une maison en vue d'y établir un commerce illicite ou immoral. Si je veux annuler ce contrat, je dois établir :

- 1) l'existence de mon motif et son caractère illicite ou immoral;
- 2) que mon intention de faire le contrat ou bien ce contrat ont été déterminé par ce motif;
- 3) que j'ai eu ce motif illicite de plein gré et non pas l'effet d'un cas fortuit ou force majeure « daroura ».

Dans ce jugement l'agent indirect est fautif. C'est lui qui est cause des effets illicites qui se produiront ou qui se sont produits. La cause du contrat est étrangère aux effets illicites. Tout le jugement juridique (le contrat) sera attribué au motif. Comme la loi ne reconnaît pas d'effet à un agent illicite ou immoral (que l'agent soit direct ou indirect, cause ou motif) le jugement est invalide, le contrat est nul. Mais il subsiste pourtant une différence avec le droit français en ce qui concerne la cause illicite ou immorale. En droit musulman on doit établir que le motif a eu des effets c'est-à-dire qu'il a été *cause efficace*; la seule existence du motif lorsqu'il n'a pas produit d'effets n'invalide jamais le contrat. Il faudrait donc établir que les effets illicites ou immoraux se sont produits en fait pour pouvoir invoquer la nullité du contrat. Le fait d'acheter une maison dans l'intention de faire commerce illicite est « makrouh ». Il y a obligation imparfaite de ne pas faire, mais le contrat n'est pas frappé de nullité de plein droit. Si le juge est saisi d'un tel cas, il a un pouvoir d'appréciation très large.

Le motif licite et l'obligation illicite: cette question se pose en droit musulman dans les termes de l'art. 21 du code ottoman « La nécessité rend indifférent ce qui a été obligatoire, (« *al daroura* » rend le « *Harame* » « *Moubah* »), et de l'article 91 déjà cité « la permission de la loi exclut la responsabilité ».

Quand on se trouve devant un acte juridique ou acte de fait, « *Harame* », c'est-à-dire qu'on est obligé de ne pas faire, ou un acte « *wajib* » c'est-à-dire qu'on est obligé de faire, le bon motif ou le motif licite excuse à la fois la commission du « *Harame* » et l'omission du « *wajib* » s'il y a nécessité d'accomplir l'acte « *daroura* ».

Car si l'on impute un jugement au motif fautif, l'on doit par là même idée attribuer le jugement au bon motif ou au motif excusable. Une illustration de cette idée se trouve dans l'ivresse excusable. Si donc j'achète du vin pour boire rien que pour mon plaisir, le contrat est nul, car le motif est illicite. Mais si j'achète du vin par ordonnance du médecin, bien que l'objet de ce contrat est illicite, le bon motif et la nécessité *al daroura* rendront mon acte « indifférent » par conséquent le contrat sera valable.

Mais la loi ne déclara pas excusable tout bon motif ou tout motif qui est un effet de la force majeure. Une violence afin de commettre l'adultère ou le meurtre ne constitue pas un motif excusable; de même le vol d'un riche afin de donner l'aumône n'est pas excusable. En général, le bon motif, s'il réunit les conditions nécessaires pour devenir excusable, est une excuse dans toute les matières de droit divin pur; mais en droit humain, c'est-à-dire en tout ce qui concerne l'intérêt des tiers; il excuse la faute, mais non pas le dommage. Celui qui vole afin de ne pas mourir de faim,

n'est pas fautif, mais il est tenu à l'obligation de restituer ; il ne lui sera pas appliqué les peines prévues au délit du vol, car sa faute est excusable. mais le dommage qu'il a causé à autrui doit être réparé.

Classification des « Oukoud »

Notice : les Ouçoulioums, pour lesquels un acte juridique est envisagé comme cause, traitent la question de la manière suivante :

Une cause doit produire des effets, si elle est valide. Mais cette cause peut rencontrer des empêchements qui la privent plus ou moins de ses effets. Les auteurs hanafites distinguent cinq empêchements concernant la cause dans les « Oukoud ».

- 1) l'empêchement qui détruit la cause et empêche tout jugement (la liberté dans la vente d'un homme libre rend ce contrat absolument nul « batil »).
- 2) l'empêchement qui suspend simplement l'effet de la cause (la vente de la chose d'autrui est valable. Mais les effets de cette vente sont différés à la ratification).
- 3) l'empêchement qui sans détruire la causes empêche l'existence de tout effet (offre et acceptation conditionnels. La condition est un empêchement à l'efficacité de ce contrat).
- 4) un empêchement qui tout en laissant la cause produire des effets agit en sens contraire sur cet effet. De cette manière on ne sait pas encore laquelle des deux causes qui sera plus efficaces. (La vente d'une chose hors de vue est valable. Mais l'absence de la chose est cause d'une option qui peut aboutir à l'annulation de ce contrat. Il y a effet mais on dit que l'effet n'est pas nécessaire.)
- 5) l'empêchement qui peut anéantir rétroactivement la cause. (La vente où il y a option de vice.) L'option n'empêche ni la validité de l'offre et de l'acceptation ni celle des effets de cette vente. Mais elle peut anéantir tout le contrat si elle vient à être exercée.

De ces considérations les juristes et les auteurs du code ont donné les classifications suivantes des engagement bilatéraux.

Première classification : en considérant les effets des « oukoud » :

1° *akd* à effet immédiat : c'est le contrat ou la convention dont les effets se trouvent réalisables immédiatement après l'existence de leur cause. Ex. : vente pure et simple, donation, commodat, etc... ;

2° *l'ackd* à effet différé : c'est le contrat ou la convention dont les effets ne peuvent se réaliser au point de vue juridique que bien plus tard. Ex. : la vente de la chose d'autrui, vente conditionnelle.

Deuxième classification: en considérant la cause des oukoud.

1° l'*akd nécessaire ou lazim*: c'est celui dont la cause a agit et a produit des effets. Comme la liaison entre la cause et l'effet est nécessaire, on dit que ce contrat ou cette convention est nécessaire. Ex.: tous les contrats et convention où il n'y a ni option, ni condition, ni vice de consentement, ni incapacité de contracter;

2° l'*akd non nécessaire ou gair lazim*: c'est celui dont les effets ne seront pas nécessairement réalisables: contrat conditionnel, commodat, mandat ou dépôt (contrats révocables, à tout moment même par une seule partie) de même que tous les oukoud où il y a option; l'option rend le contrat non nécessaire, c'est pourquoi tous les contrats non nécessaires par leurs nature: commodat, dépôt, mandat, ne saurait donner lieu en aucun cas (sauf s'ils sont à terme), ni option car ils sont toujours révocables par la volonté d'une seule partie, c'est l'opinion de al Kachàni et la plupart des auteurs.

Troisième classification: d'après les obligations engendrées par les oukoud:

1° l'acte à obligation synallagmatique, c'est le contrat ou la convention qui produit des obligations à la charge des deux parties;

2° l'acte à obligation unilatérale, c'est qui engendre des obligations à la charge d'une seule partie: prêt, commodat, dépôt.

Remarque: un acte à effet immédiat peut être nécessaire ou non nécessaire, à obligation synallagmatique, ou unilatérale. De même un acte non nécessaire peut être à effet immédiat ou différé.

Ces trois ordres de classification sont indépendants les uns des autres. La première, considère l'effet, la deuxième, la cause, et la troisième, les parties qui profitent d'un akd. L'art. 114 du code ottoman fait supposer qu'un acte nécessaire doit absolument être à effet immédiat, ce n'est pas exact; un contrat non nécessaire, mandat ou commodat, peut très bien être à effet immédiat ou différé. De même la vente avec option de vue est un acte en lui-même nécessaire en ce sens que le contrat est conclu avec transfert de propriété dès l'intervention de l'offre et de l'acceptation. Le conclusion du contrat qui est l'effet de l'offre et de l'acceptation est « nécessaire ». Mais la propriété (effet de la conclusion du contrat) n'est pas nécessaire car l'option de vue en anéantissant rétroactivement la conclusion, anéanti le transfert. Donc le contrat en lui-même tout en étant nécessaire ne produira des effets définitifs qu'après l'extinction de l'option de vue. Voilà donc un contrat nécessaire à effet différé. Al-Kachani dit que par l'effet de l'option de vue, la propriété est transférée à titre non nécessaire, mais elle est tout de même transférée;

la preuve c'est que, si l'objet vient à périr, les risques ne sont pas moins définitivement transférés à l'acquéreur.

Ces classifications, on le voit bien, ne tiennent aucun compte de la forme extérieure, de l'architecture des actes. Elles ne peuvent absolument pas avoir une ressemblance avec les classifications faites par les systèmes juridiques issus de droit romain.

Les nullités des actes en droit musulman

L'acte de fait (prière, échange) et l'acte prononcé sont des causes dont les effets sont des obligations ou l'acquiescement d'une obligation. Le droit musulman envisagera la question des nullités de ce point de vue tout spécial : il s'agit de savoir si un acte quelconque peut répondre ou non au but envisagé par lui. Ce but est l'acquiescement d'une obligation divine dans les mouvements de la prière, la création des obligations dans les contrats, soit par les formules, soit par des moyens de l'échange matériel (*ta'ati*) ou l'extinction d'une obligation par l'annulation « *faskh* », la transformation ou la modification des obligations par le moyen des conventions.

A ne considérer que les contrats et conventions on peut dire qu'un *akd* est une cause qui doit agir et produire des effets si elle ne rencontre aucun empêchement à son action. Cette efficacité de la cause, la fait qualifier de « valable ». Donc quand un acte juridique, contrat, convention ou acte unilatéral réunit ses conditions de validité essentielles, il est valable.

Mais parmi les empêchements qui viennent frapper une cause, il y en a trois dont l'effet est plus ou moins la destruction de cette cause, ou de cet acte juridique.

1) L'empêchement qui détruit la cause et qui la rend impropre à produire des effets : le défaut de consentement, une erreur grave ou le défaut d'une formule dans les actes irrévocables rendent l'acte inutile. Car ces particularités empêchent la cause (l'*akd*) d'être valide et efficace. L'*akd* ou la cause est *batil*.

2) L'empêchement qui agit sur les effets pour les empêcher de naître. Cet empêchement provient toujours d'une qualité extérieure défectueuse de l'acte. L'état d'impureté pour la prière, ou la qualité d'infidèle dans le mariage, la violence, l'état illicite d'un objet rendent *façid* tous les actes prière ou contrat, où se trouvent ces défectuosités. Sans ces défauts, il est évident que l'acte aurait agit et aurait produit des effets. En général, dans les actes juridiques tout défaut de condition de validité extérieure « *chartul Souhat* » rend l'acte *façid*.

3) Quelquefois une cause rencontre une autre qui agit en sens contraire. L'acte juridique en principe est valide. Mais comme on ne sait pas en-

core si cet acte aura des effets (si la première cause va être efficace), on dit que l'acte juridique est à option. Cet acte est ainsi maintenu artificiellement pour un temps plus ou moins long avant qu'on puisse se prononcer sur son existence ou sa destruction. Si plus tard, l'empêchement disparaît l'acte reste rétroactivement valable, sinon il est rétroactivement effecé.

C'est ainsi que les juristes musulmans considèrent les nullités qui peuvent affecter un acte quelconque, sans en faire aucune notion abstraite. Dans cette matière aussi il est impossible de se faire une idée nette ou de poser une règle générale sur ce qui est batil et ce qui est façid dans les actes juridiques.

L'acte juridique batil. — D'une manière générale le contrat ou convention batil est celui qui ne réunit pas ses « Rukn ». Les Rukn des contrats et conventions sont principalement le consentement et l'objet. Dans les actes unilatéraux ce sont les formules prononcées, dans les pratiques de la religion ce sont certains mouvements ou lectures sans quoi l'acte en général est batil. Les auteurs énumèrent à l'occasion de chaque acte les conditions essentielles de cet acte. Enfin, un acte batil est celui qui juridiquement n'a pu prendre naissance ou qui rationnellement ne devrait pas avoir non plus d'existence: la vente d'un homme libre, de tout ce qui est hors commerce, la vente sans prix.

L'acte juridique façid: est celui qui est rationnellement existant, mais auquel le législateur enlève tout effet pour une cause extérieure ou comme diraient les Ouçoulïoum, pour défaut d'une qualité, pour l'absence d'un des « Chouroutoul Siha », pour absence de condition de validité extérieure. Ex.: les contrats fait par les incapables, les contrats dont les objets sont illicites, les stipulations d'un intérêt, le contrat concernant le vin, etc...

L'acte à option: L'option est un droit concédé soit par le législateur, soit par stipulation expresse à une partie qui concourt à un acte, de l'anéantir soit par sa volonté, soit quelquefois en s'adressant en justice. Toutes les options en droit musulman ont ceci de particulier qu'elles interviennent pour sanctionner des actes où il y a soit un vice de consentement, soit un défaut absolu de consentement, défaut qui se trouve constaté après que l'acte ait eu son existence apparente. Ex.: l'option de vice, l'option de qualité, l'option de vue.

Le consentement et les nullités: en droit français les vices de consentement rendent toujours les actes annulables. D'autre part, le législateur français prend en considération l'acte déjà fait pour y appliquer une nullité bien définie. Le législateur musulman considère au contraire l'acte en voie de formation. Les nullités de droit musulman répondent à cette manière de voir. On peut décomposer le temps où se place un acte juridique et où peut intervenir une nullité en trois phases:

1) avant que l'acte ne se soit produit, tout défaut ou absence de consentement (l'absence de formules, de l'échange, l'erreur sur la nature ou sur l'objet) rendent cet acte *batil*.

2) l'acte une fois produit, il n'y a que la violence parmi les vices de consentement qui le priverait de ses effets, nullité qui ressemble à beaucoup de points à la nullité de droit en droit français.

3) l'acte a existé et a produit des effets au point de vue juridique; l'erreur, le dol et la lésion peuvent dans des cas déterminés donner lieu à option pour anéantir cet acte.

Dans ces derniers cas là, ces vices de consentement sont cause d'annulabilité, les options qu'elles produisent ressemblent à l'annulabilité ou à la rescision de droit français. Mais dans d'autres circonstances, l'option vient sanctionner non pas un vice de consentement, mais une vraie nullité absolue. Ex.: toutes les options conditionnelles; en effet, si je stipule telle qualité de l'objet dans un contrat de vente, cette condition est la cause du contrat à défaut de laquelle celui-ci ne doit pas avoir d'effet juridique il est juridiquement « inexistant ». L'option de qualité de l'article 310 du code ottoman vient ici pour mettre fin à un contrat « inexistant » au point de vue juridique.

On voit par là qu'il est inexact de traduire le droit d'option par annulabilité et le *façid* par contrat nul en prenant ces termes aux sens déterminés en droit français. Le contrat *façid* en droit musulman est quelquefois le contrat annulable, (le contrat où il y a violence), et quelquefois le contrat nul en droit français, comme les contrats concernant le vin ou bien comme les contrats où il y a une stipulation d'intérêt ou bien dans certains cas où la violence a des répercussions sur les contrats, faits par les ayants causes particuliers de l'auteur de la violence, en ce qui concerne l'objet du contrat initial où il y a eu vice du consentement.

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Le Consentement

Considérations générales sur le consentement

Les Ouçoulioums, en parlant de la volonté divine font une distinction entre la volonté pure (al Irada) et l'exigence (al-Talabe). La première est base de toute la création, car il n'y a rien qui puisse exister, s'il n'a été voulu par Dieu. Quant à l'exigence, ce sont toutes les dispositions expresses de la parole divine, c'est son ordre et sa défense.

Mais cette manière de voir et de décomposer la volonté a eu ses répercussions en droit civil. En effet, les auteurs ne raisonnent pas en matières de consentement sur une idée toute faite et bien définie (volonté ou consentement). On a beau chercher on ne trouvera aucune définition exacte du consentement et même aucun terme qui puisse répondre à cette idée qui comprend en droit français à la fois l'intention de faire un acte et l'expression de cette intention. Ce n'est pas que le consentement n'est pas condition essentielle à tout acte juridique, mais le législateur musulman n'envisagera pas la chose sous cette forme.

Pour lui, pour faire un acte juridique quelconque, il faut du côté de la partie qui désire réaliser cet acte deux choses : le Ridha ou l'intention de le faire et l'expression extérieure de ce Ridha par une forme adéquate. Après quoi le consentement d'une partie se trouve réalisé en fait et suffisamment précisé pour devenir cause efficace en droit. Mais dans les engagements bilatéraux, comme il faut le concours de deux personnes, il faudrait donc, à part leur Ridha et la manifestation extérieure de ce Ridha, la rencontre de ces deux volontés sur un objet d'intérêt juridique. Cette rencontre toute extérieure c'est le *al-Taradhi*, qui se forme par l'offre et l'acceptation formulée par des paroles, par écrit ou par le *Ta'ati*, c'est-à-dire l'échange matériel.

De ce fait le droit musulman ne raisonnera pas sur des idées abstraites et bien définies. Il envisagera le processus de la réalisation des phénomènes juridiques « consentement et vice de consentement » et y règlera par des décisions successives dont l'ensemble peut nous donner une idée de ce qu'on entend par consentement et vice de consentement. Toutes les doctrines envisageront avec la même méthode de raisonnement empirique toutes les questions concernant cette matière.

Abou Hanifa a été le plus hardi dans ses solutions quand il décide par son autorité que les actes juridiques irrévocables n'ont besoin pour leur accomplissement, que d'un *talab* (des formules exprimées) par la partie intéressée indépendamment d'une intention. Du coup, il transforme tous les actes irrévocables constitutifs en actes abstraits et formalistes et en fait des institutions à forme définie bien distinctes de tous les autres actes juridiques. Mais le rite hanafite a aussi tendance à régler en matière d'actes consensuels (actes déclaratifs et actes révocables) en deux alternatives. Tantôt il ne prend en considération que la forme extérieure de la volonté, d'où cette vertu magique donnée aux paroles et aux formules et tantôt il recommence à faire des recherches d'intention (du *Ridha*) pour invalider l'acte qui n'a pas été voulu par la partie.

En somme toutes les décisions du rite hanafite en cette matière consistent à rechercher : où il y a un *Ridha* et une volonté extérieure et où il n'y en a pas, où ce *Ridha* et sa manifestation extérieure ont pu former un *al-Taradi* avec le concours d'un autre *Ridha* exprimé, et où il n'y a pas eu cette rencontre. En tout cas le raisonnement des auteurs de tous les rites n'a pas dépassé cette phase cahotique de l'empirisme et n'a pu arriver à s'élever à des abstractions et à des idées générales.

C'est pourquoi nous avons été obligé de suivre pas à pas et dans les détails essentiels toutes les réglementations et les raisonnements des auteurs hanafites ; sans quoi on n'aurait pu exposer les moyens techniques et les détours employés par le législateur musulman pour régler en cette matière.

Nous aurions pu choisir un plan plus logique où on aurait cité les cas où il y a *Ridha* et les cas où ce *Ridha* se trouve suffisamment exprimé, où ce *ridha* exprimé a formé *al-Taradi*. Mais on aurait aussi, en exposant les faits de cette manière, fondu complètement le consentement et ses vices. Nous avons donc adopté un autre système pour traiter la question en la décomposant en deux parties : dans la première nous exposerons comment se forme un consentement en vue d'un acte juridique quelconque (acte unilatéral ou contrat) et dans la deuxième partie nous exposerons comment ce consentement se trouve infirmé et invalide.

Quelques définitions

Le contrat peut avoir existé à l'état de projet dans l'esprit des contractants sans produire aucun effet de droit. Son existence juridique ne commence qu'au moment où deux ou plusieurs volontés se rencontrent et s'extériorisent par un mode de manifestation adéquat aux effets que l'on entend produire et à l'acte que l'on veut faire.

Les juristes musulmans ne définissent pas objectivement le consentement; ils l'envisagent seulement au moment où il doit faire naître des effets juridiques, particulièrement dans les contrats, laissant dans l'imprécision le consentement dans toute autre convention et dans les actes juridiques unilatéraux.

Le code ottoman entend par « Inikad » : « une concordance entre l'offre et l'acceptation, telle qu'ils produisent un effet extérieur sur l'objet qu'ils concernent » article 104, du code ottoman.

Dans « Ksful-Asrar » le pacte est défini par « *Rabtoul lafzi bil lafzi* », la liaison de deux mots pour rendre obligatoire un effet juridique » (1). Ce n'est point, on le voit, la définition du consentement, en entendant par ce mot l'aspect d'une volonté par rapport avec une autre volonté dans des conditions déterminées.

Chez *Al-Kachani* on trouve une définition approximative du consentement en matière de vente que l'on peut accepter comme définition du consentement en matière des contrats. Il dit : « l'acceptation de l'acheteur doit comprendre l'offre exacte et entière du vendeur; s'il accepte une offre non formulée par le vendeur ou une partie de son offre ou s'il acquiesce à d'autres conditions ou à une partie des conditions posées par le vendeur, la vente n'aura lieu que par une deuxième acceptation conforme » (2).

Nous pouvons donc définir le consentement en matière de contrat, *Al-Taradhi*, par la définition suivante : « c'est la conformité de l'acceptation à l'offre sur un objet d'intérêt juridique dans l'intention de faire naître des effets de droit ». Nous réservons le mot « *Ridha* » pour désigner la plénitude de volonté d'une personne qui entend s'obliger, créer un état de droit, ou rompre un rapport juridique envers ou avec une autre personne. Ainsi le terme *Al-Taradhi* soulignerait l'existence de deux ou plusieurs volontés qui se rencontrent pour créer, modifier, ou éteindre des obligations, tandis que « *Al-Ridha* » désignerait l'aspect de chacune des deux volontés considérées séparément dans une convention (mais, il désignerait en plus cet aspect de la volonté déjà signalé, qui se trouve non

(1) Kasful-Asrar, p. 405, T. II.

(2) P. 136, T. 5, Bada'i-ul-Sana'i, al-Kachani.

seulement dans les conventions, mais aussi dans tous les actes juridiques dont l'accomplissement ne dépend que d'une seule volonté).

En un mot le terme « *Al-Taradhi* » signifierait les consentements mutuels de deux ou plusieurs personnes, tandis que le terme « *Ridha* » désignerait le consentement d'une partie dans un acte quelconque unilatéral aussi bien que bilatéral ou *l'intention de faire l'acte*.

De la nécessité de deux volontés différentes dans les Oukoud

Certains actes juridiques peuvent s'accomplir par une seule volonté sans le concours d'une deuxième. Dans ces actes il n'y a qu'une seule *Iradat* : volonté, et qu'un seul consentement « *Ridha* » agissant d'une manière indépendante.

Dans tous les actes unilatéraux (*Ikaat* pl. *Ikaa*) une personne n'a point besoin du concours d'une deuxième personne pour créer ou éteindre des effets de droit, pas même du concours de celui qui subirait l'acte. Ainsi c'est la personne qui accomplit l'acte juridique en question qui va créer un droit au profit d'une autre personne, et quelquefois des obligations réciproques, et ce, d'une manière irrévocable, de sorte que ces actes une fois faits ne peuvent plus être repoussés par les personnes qui les subissent, ni être annulés par ceux qui les accomplissent, d'où leur nom d'acte irrévocable ou inannulable.

Mais, on ne conçoit guère la formation de toutes les conventions et contrats où le (*Al-Taradhi*) intervient, sans le concours de deux ou plusieurs volontés ayant des intérêts différents, c'est-à-dire formant à la fois les deux termes de « *Al-Taradhi* », les deux parties de la convention. Cela ressort de la définition et du sens même du mot « *Akde* » qui signifie littéralement la liaison.

Mais est-il nécessaire que la liaison de ces deux volontés soit accomplie par les personnes mêmes qui les manifestent? Celà non, car le principe de la représentation ne fait pas de doute sur ce point. Mais ce que l'on peut se demander c'est de savoir, — le principe de la représentation étant admis, — si une seule personne peut représenter une autre personne dans une convention qui interviendra avec elle-même, et, allant plus loin, si cette personne représentant les deux parties différentes peut accomplir le « *Al-Taradhi* » par sa seule volonté faisant à la fois l'offre et l'acceptation pour le compte d'autrui.

En principe ce cumul de volontés n'est point admis. L'article 167 du code ottoman est formel : une personne ne peut pas être vendeur et acheteur à la fois, ni représenter de la même manière les deux contractants. Mais dans un contrat par courrier « intermédiaire » une seule

personne peut transmettre les deux volontés à la fois, car le courrier n'étant qu'un porte-parole, les deux volontés ont pu se manifester spontanément de la part de deux personnes différentes ; ce qui est bien loin du cas sus-indiqué (4).

Pourtant il y a deux exceptions au principe de l'art. 167 à savoir :

1) le père de l'enfant mineur peut passer des contrats avec son pupille, en jouant à la fois le rôle de l'offre et de l'acceptation il formerait le « Al-Taradhi » par son seul consentement « Ridha ». Il peut aussi de la même manière représenter ses enfants mineurs dans les contrats passés les uns avec les autres.

2) dans les donations, la remise de la chose tenant lieu d'acceptation, le père, le tuteur ou celui qui a la garde de l'enfant mineur peut lui faire une donation et l'accepter « au nom du pupille » par un simple changement d'intention, sur la détention de l'objet, art. 801 du code ottoman.

3) d'après la doctrine Hanafite le mariage peut se conclure par mandataire représentant les deux époux à la fois et à plus forte raison l'homme, mandataire de la femme, peut la marier avec lui-même. De même une personne agissant en intrus peut, par sa seule volonté et devant témoin, conclure un contrat de mariage entre deux personnes absentes ; ce contrat sera simplement un contrat différé qui aura toute son efficacité par simple ratification ultérieure des époux (5).

(3) Fatava Hindyé, I, vente.

(4) P. 452, T. I, Durrul-Hukam, ali, Haydar.

(5) D'après al-Chafei et imam Zufar, un contrat de mariage ne peut jamais être l'œuvre d'une seule volonté agissant à la place et lieu des 2 parties. Dans le cas où l'homme se trouverait le mandataire de la femme et qu'il voudrait se marier avec elle, il faudrait une intervention de justice. Iman Hanbel, tout en étant du même avis sur le premier point, se contente d'exiger de l'homme qui voudrait se marier avec la femme qu'il représente, de nommer lui-même un mandataire « ad hoc » pour représenter la femme et de conclure le contrat avec celui-ci.

P. 48, T. mariage, T. II, Rahmatul-oumma.

CHAPITRE II

Les Actes où indépendamment du consentement il est exigé pour leurs accomplissements des conditions extérieures

En principe et dans tous les actes juridiques le droit musulman est purement consensuel, art. 3 du code ottoman. Si ce principe était exact on ne devrait y trouver nulle trace du formalisme verbal. Pourtant ce caractère consensuel ne se rencontre que dans la doctrine Malékite où il est plus ou moins net ; toutes les autres doctrines sont orientées vers un formalisme tempéré. Nous trouverons maintes illustrations de cette idée dans le développement de cette thèse et nous aurons l'occasion de parler de l'origine de cette contradiction entre l'art. 3 et l'esprit du droit musulman telle qu'elle se dégage des faits. Nous nous contenterons d'étudier d'abord le caractère du contrat de mariage, contrat dont le caractère solennel est imposé par la plupart des législations et ensuite les contrats dits réels, qui, dans les législations issues de droit romain, sont placés entre les contrats solennels et les contrats consensuels.

Mais nous pouvons dès maintenant affirmer que dans la doctrine Hanafite tous les actes irrévocables, soit constitutifs, soit déclaratifs de droit, sont marqués d'une demi-solennité qui consiste en des formules consacrées contre lesquelles il n'est point admis de preuve contraire.

Le contrat de mariage

D'après la doctrine Malékite, la présence de deux témoins au mariage n'est requise que pour la publicité de l'union ; ce n'est point une condition exigée pour la validité du mariage ; c'est un mode de publicité conseillé par le législateur ; de sorte que si le contrat, au moment de sa conclusion, peut arriver à la connaissance des tiers, par un autre moyen que le témoignage, le mariage serait valable (6).

(6) P. 229, T. 7, al-Kachani

D'après Abou-Hanifa et son école, la présence des deux témoins est une condition de validité, c'est un mode de publicité *imposé*, de sorte qu'un mariage conclu devant deux témoins, — deux hommes ou un homme et deux femmes, — est parfaitement valable, même s'il est clandestin. La femme peut y figurer et donner son consentement par elle-même ou par mandataire. L'emploi des formules consacrées n'est pas nécessaire, on peut employer tout terme qui évoque le sens de l'appropriation de la femme par le mari, mais non les termes de la détention précaire (7). Je te donne, je te vends, je te mets en possession (non je te loue). Al-Chafeï et Zufar exigent le témoignage de deux hommes et l'emploi du terme du mariage en langue arabe, pour celui qui connaît l'arabe. D'après Al-Chafeï, le mariage est un contrat qui doit être conclu entre hommes, la femme ne peut jamais se marier que par représentant légale ou mandataire. En plus, il faut deux volontés différentes; un homme seul ne peut pas marier deux personnes l'une avec l'autre. S'il est leur mandataire, il faudrait la présence du mari ou d'un mandataire « *ad Hoe* » de celui-ci, pour que le contrat soit conclu entre deux personnes.

On voit que le contrat de mariage n'est consensuel que chez Malik; et si l'on veut comprendre par la solennité toute condition extérieure de validité indépendamment de la volonté des contractants, le contrat de mariage ne serait parfaitement à caractère solennel que chez les Chafeïtes. Ce caractère se dégage de la formule exigée, en langue arabe, du témoignage par hommes musulmans non Zimmi « chrétiens ou juifs » et par l'exigibilité du mandataire mâle pour la femme. Les solutions du Hanafisme sont tempérées: les docteurs de ce rite ne disent point que le témoignage est un « Rukn », c'est une « chardt », condition de validité sur laquelle on peut être plus ou moins exigeant dans les détails, il n'y a de « Rukn », condition, *sine qua non*, que le consentement et la différence du sexe.

La nature juridique de la tradition dans les contrats réels

Sur ce point aussi les doctrines sont divergentes. Nous exposerons leurs solutions à l'occasion de chaque contrat réel pour mieux préciser les principes et les règles de chaque contrat réel. Car les auteurs ne partent point d'une idée abstraite pour arriver aux détails par déduction. S'ils emploient cette méthode c'est uniquement dans les interprétations des textes. Ils ne font pas non plus de conclusions induites des solutions proposées par

(7) P. 51, T. H., Rahmatoul-Imma.

eux ; une conclusion générale ressortira d'elle-même par le rapprochement et la comparaison des différentes solutions :

Contrat de donation.

L'art. 57 des généralités et l'art. 857 du code ottoman, ainsi que Abou-Hanifa, Al-Chafeï et Ahmed ibn Hanbel décident à l'unanimité, se basant sur un texte précis du Hadits « *al Hibatou bil Kabdt* » qu'un contrat de donation n'est parfait que par acceptation suivie de tradition (8). La tradition peut être réelle ou fictive. Les donations de l'indivis sont valables sauf une restriction chez Abou Hanifa, qui exige dans les donations de l'indivis, la division au moment de la tradition pour les choses susceptibles de division ; mais la donation serait néanmoins parfaite si la chose était non susceptible de division.

D'après Malek la donation est parfaite par consentement « Al-Taradhi », mais ce n'est qu'un contrat différé ou suspendu, il ne devient efficace que par la possession de la chose, art. 1288 code Kalil ; mais il ne faut point comprendre cette inefficacité dans le sens de l'inutilité ; le contrat engendre immédiatement à la charge du donateur une obligation de donner, qui passera à ses héritiers ; mais cette obligation est imparfaite, ou non définitive ; elle peut s'éteindre par la vente ou la perte de la chose, par la mort du donataire, la folie du donateur, sa déconfiture, ou sa mort non précédée de diligences nécessaires à l'effet de prendre la chose (art. 1290-1297 du code Kalil).

De toutes les doctrines, c'est la doctrine chafeïte qui a établi le caractère réel du contrat de donation et c'est d'après cette doctrine qu'après acceptation même, le donataire ne pourra se mettre en possession de la chose qu'avec autorisation du donateur, ce qui prouve que le contrat n'était point définitif ni nécessaire auparavant (9).

Le contrat de gage et d'hypothèque Al-Rah'ne.

Les Hanafites considèrent la possession de la chose mise en gage comme un moyen de paiement anticipé de la dette gagée, et le contrat de gage comme un contrat consensuel qui est parfait par l'offre et l'acceptation ; sans doute ses effets restent suspendus et différés jusqu'à la réalisation de cette possession, mais l'obligation de donner est parfaite par le seul consentement ; c'est aussi la solution de doctrine Malékite. Ainsi si quelqu'un jure qu'il ne donnera rien en gage et conclut plus tard un contrat de gage sans remettre l'objet au gagiste, il est réputé parjure.

(8) P. 108, T. II, al mizan.

(9) P. 109, T. II, al mizan.

Voyons maintenant les rapports entre le créancier gagiste et l'objet mis en gage.

Les Hanafites disent que c'est une possession à titre de paiement « une main de paiement » *Jad istifa'e*, c'est une possession accessoire à la dette; l'objet est en quelque sorte assimilé à une caution dont le patrimoine viendrait s'adjoindre au patrimoine du débiteur pour la garantie de la dette. Le gagiste a donc un droit de créance sur l'objet et non un droit réel. Ainsi si le créancier gagiste prête la chose à son propriétaire et que l'objet vienne à périr entre les mains du propriétaire, le gage s'éteint, car le commodataire, qui est ici le propriétaire de la chose à lui prêtée par le gagiste, ne répondant que de sa faute, le gagiste ne pourra pas demander des dommages intérêts pour la perte de la chose, sur laquelle il n'a aucun droit réel (10). En revanche si l'objet ou une partie de l'objet vient à périr entre les mains du créancier gagiste, la dette s'éteint proportionnellement à la perte, même si la chose avait péri par une cause étrangère; car du moment qu'il a le gage en main, c'est qu'il a sa créance, c'est-à-dire *qu'il se fait payer* (11). C'est la même idée que l'extinction de la créance par paiement fait par la caution.

D'après Al-Chaféï et Zufar la tradiiton est une condition de validité comme pour les donations. Mais d'après Al-Chaféï cette possession n'est point un paiement anticipé de la dette, c'est une véritable possession d'une chose, la main du créancier gagiste est « une main réelle *Jad aïn* », le gagiste a un droit de créance contre l'emprunteur et un droit *réel* sur la chose.

Ainsi l'homme qualifié de parjure par les Hanafites ne l'est point d'après les chaféïtes, car un contrat de gage n'a point d'existence sans tradition de la chose. Pourtant dans ce rite, le gage n'est point un simple droit de rétention; le créancier gagiste lui-même, et sans intervention du propriétaire, réclamera la chose au tiers, si elle est perdue ou volée; il pourra la rendre au propriétaire, mais non à titre de prête comme les Hanafites le prétendent, car le propriétaire a toujours son droit sur la chose. Si le gage est perdu alors qu'il avait été donné en commodat au constituant, celui-ci supportera les risques parce qu'il est rentré dans l'exercice de ses droits de propriétaire; il ne doit pas d'indemnité au gagiste, mais celui-ci pourra lui réclamer une autre garantie (12).

Enfin, en doctrine Malékite le contrat de gage est un simple contrat créant privilège sur un objet déterminé; le droit réel du gagiste reste en

(10) P. 156, T. 6, al Kachani.

(11) P. 398, T. 3, al-Kasf.

(12) P. 98, al-Kasf, T. 3. — P. 137, T. 6, al Kachani.

veilleuse jusqu'à sa réalisation effective. D'une part le contrat est parfait avant la possession, mais engendrant une obligation imparfaite, non définitive ou non nécessaire; d'autre part, une fois le gagiste mis en possession, c'est un droit réel qui va naître indépendant de la créance, mais seulement à l'encontre des tiers. Vis-à-vis du propriétaire, son droit est un simple droit de rétention (Voir l'art. 391, 387, 385, 368, 390, 375, 372 du code Kalil).

En résumé les solutions de la doctrine Malékite sont intermédiaires entre les deux autres doctrines et en somme le contrat de gage n'est véritablement réel que chez les Chaféïtes.

Le code ottoman dans son art. 706 dispose que le contrat de gage est parfait par le seul consentement, mais qu'il n'engendre aucune obligation avant la tradition de l'objet; jusque là c'est un contrat différé à l'encontre des parties et non nécessaire de la part du débiteur, c'est-à-dire qu'il peut s'éteindre par son consentement « Al-Ridha » (13).

Le contrat de commodat.

Sur la nature de ce contrat il existe aussi une divergence entre les Hanafites et les Chaféïtes. Ces derniers soutiennent que dans le contrat de commodat il n'y a point une idée de détention juridiquement parlant; c'est une situation de fait absolument étrangère à la nature de ce contrat; si le commodataire détient la chose, c'est uniquement à titre de dépôt de bonne foi. Le contrat de commodat s'analyse en des actes successifs de permission, où il n'y a point nécessairement une idée de détention matérielle de la chose, par conséquent le commodataire ne détiendra pas l'objet par une main réelle, c'est *une main de permission*; s'il a matériellement la chose entre ses mains, c'est en quelque sorte comme un dépôt précaire et par conséquent le contrat de commodat ne pourra jamais être à terme, le propriétaire pourra à chaque instant la réclamer; le commodataire ne pourra jamais la prêter à une tierce personne et il répondra toujours de toute dégradation subie par l'objet même par cas fortuit ou par le fait d'un tiers.

(13) D'après le-Cadi Choureh et quelques autres, entre autres al-Chaabi, il y a entre le gage et la créance une corrélation parfaite et non simplement une corrélation de paiement; l'objet mis en gage viendra prendre dans le patrimoine du créancier la place de la créance, abstraction faite de leurs valeurs respectives. Ainsi une créance de 10.000 francs s'éteindra par la perte du gage qui ne vaut que un franc. Rappelons à cette occasion qu'en doctrine Hanafite, la dette s'éteindra proportionnellement à la valeur de la perte de l'objet, survenue même sans faute. Ce n'est que d'après Al-Chaféï et Ahmed ibn Hanbel que la détention du gage, dans le cas précité, est assimilé à une détention de bonne foi où le gagiste ne répondrait que de sa faute et par conséquent la dette ne s'éteindra pas.

Les Hanafites répliquent qu'en effet le commodataire ne détient la chose qu'à titre de dépositaire, mais c'est dépôt ordinaire de bonne foi où le dépositaire ne répond que de son fait personnel.

Mais en plus disent-ils, un commodat ce n'est point un ou des actes de permissions successives, c'est une vraie donation d'une fraction de l'usage de la chose, et comme toute donation, il n'est point parfait sans tradition; donc le commodataire, ayant une vraie possession de l'usage de la chose, pourra la céder à un tiers sans permission du propriétaire, pourvu qu'il ne détourne pas l'objet de sa destination naturelle. Ce contrat impliquant une vraie possession, il pourra être fait à temps et alors seulement ce contrat deviendra nécessaire, le propriétaire ne pourra pas renvendiquer l'objet avant le temps prévu (14). L'adage suivant de la doctrine Hanafite précisera leur pensée « pas de prêt sans remise matérielle » (Taman il Kardt bil kabdt); cette règle s'applique aussi bien aux prêts de consommation. Les solutions des Malékites se rapprochent singulièrement des solutions Hanafites sur la nature et les effets de ce contrat (15).

Quant au contrat de dépôt, tous les rites sont unanimes sur son caractère réel; ce contrat ne se forme point sans désaisissement du propriétaire; leurs divergences affectent les détails simplement. Les articles 763, 764. 819 du code ottoman adoptent purement et simplement la doctrine Hanafite.

Il reste toute une gamme de contrats réels, qui se rapprochent, soit des donations, soit des commodats, j'entends qu'ant à leur caractère réel, ainsi le *Habous*, les transactions à forfait (contrat plutôt conditionnel), le pacte réel et la commandite.

Mais le *Habous* et l'usufruit sont des variétés de donations et de commodat. Quant aux pactes réels, c'est un contrat d'échange d'objet corporel; même chez Malek il est réel. Art. 311 du code Kalil.

(14) Voir p. 251: C. K., et p. 96: T. II, Al-Mizan.

(15) Voir p. 252, 217, T. 7, Al Kachani.

CHAPITRE III

Les conditions de la validité d'un consentement

Le consentement doit avoir existé en fait

Le consentement étant une « Rukn » (condition, *sine qua non*), rien ne peut suppléer à son absence, les contractants ne peuvent en avouant un contrat lui donner une existence réelle si vraiment il n'a pas existé. Celui qui a avoué avoir donné, soit par violence, soit par plaisanterie son consentement à un contrat quelconque n'a qu'à prouver que son aveu était mensonger, et le contrat soit disant consenti s'écroule tout seul. Une exécution partielle, si elle n'est accompagnée de faits pertinents prouvant dès lors et d'une manière indéniable, un consentement tacite, n'aura point d'effet; ce sera une situation de fait sans aucune sanction juridique. Le défaut d'un Rukn dans un acte juridique consentement, objet, religion pour certains contrats, entraînent infailliblement son inexistance; l'acte n'est pas « Façid » il est « Batil »; aucun arrangement ultérieur ne peut lui donner une existence juridique (16).

De la volonté sérieuse

Simulation: Le consentement mutuel « Al-Taradhi » peut avoir existé comme nous l'avons dit, sans qu'il y ait consentement (Ridha) ni sur l'objet, ni sur la nature du contrat. Cette situation de pure apparence se trouve réalisée dans le cas d'une volonté non sérieuse d'accomplir un acte. Les méthodistes « oussoulioum » distinguent nettement le cas de la plaisanterie, où l'acte apparent ne recèle aucun acte, et le cas de la simulation où il y a derrière l'acte apparent un acte caché (17).

(16) Voir p. 368, T. 4, Al Kasf.

(17) La simulation était employée pour se couvrir des risques de la confiscation ou des voies de fait contre la propriété, par un contrat apparent, au profit d'un puissant, d'où son nom « Taljià » qui évoque le sens de secours et protection.

Définition: La plaisanterie c'est de vouloir comprendre un acte dans un sens autre que sa réalité. A ce point de vue, il est encore plus loin de la réalité que le sens figuré qui répond après un détour à quelque chose d'existant. Un acte par plaisanterie n'a rien de véridique, il n'a que les apparences de la vérité.

La simulation: c'est de faire un acte dont les apparences sont trompeuses et tout-à-fait contraires à la vérité d'un autre acte réel et caché (18).

Preuve de plaisanterie et de simulation: La plaisanterie et la simulation ne se présument point, il faut toujours une contre-lettre expresse pour en convenir. Cette contre-lettre peut être faite avant et en dehors de l'acte. Elle peut être écrite quoique l'acte apparent est verbal ou faite verbalement, bien que l'acte apparent est écrit. Le principal est que les deux parties n'aient laissé aucun doute, par une manifestation claire et expresse de volonté, sur l'existence, la nature ou les conditions de l'acte.

Leur nature juridique et leurs effets: Les auteurs méthodistes « oussoulioum » classent la plaisanterie et la simulation parmi les cas d'incapacité d'exercice partielle. Celles-ci n'empêchent point la naissance ou la jouissance d'un *Wajib*, ni d'une obligation, mais en empêchent simplement l'exercice. Ainsi une prière avec intention non sérieuse de s'acquitter de l'obligation divine n'éteindra pas cette obligation. Ce point est important pour comprendre le sens des solutions Hanafites. En droit humain, le contrat simulé ou par plaisanterie existe à l'état de contrat non nécessaire, il n'engendre point une obligation nécessaire. La preuve c'est que chaque fois qu'un acte ne dépend point d'un « *Al-Taradhi* », c'est-à-dire de consentement mutuel, mais simplement d'un « *Ridha* », il sera, parfaitement valable. Il en est ainsi de tous les actes irrévocables.

Le contrat par plaisanterie ou simulation ne sera ni *Batil*, ni *facide*, il y aura lieu simplement à *option*, ce qui prouve qu'il a déjà une existence. C'est une application parfaite d'un principe général d'Abou-Hanifa dont nous verrons des applications au cours de cette thèse, à savoir: quand un acte réunit les conditions extérieures nécessaires à sa validité, on le prendra pour tel qu'il est, on ne recherchera point l'intention des parties jusqu'à preuve contraire.

Enfin en principe, l'acte existe, il est seulement différé comme en matière de contrats conditionnels. Son efficacité est suspendue par une condition de validité ou d'efficacité, qui est en la matière la volonté sé-

(18) P. 357, *Al Kasf*, T. 4.

reïuse « cause sérieuse » qui viendra prendre la place de la volonté non sérieuse. En un mot la plaisanterie ou la simulation rendent le contrat non nécessaire.

C'est que dans la plaisanterie ou la simulation, le consentement « Al-Taradhi » existe et même le libre arbitre. Le contrat simulé ne serait point comparable à une erreur sur l'objet ou sur la nature du contrat quand celle-ci peut entraîner l'inexistence du contrat; là, en effet, il n'y aurait point de « Al-Taradhi », car les deux volontés ne se sont point rencontrées; on ne peut pas parler d'un vice du consentement ou d'absence du « Ridha », car chacun sait ce qu'il veut, il a une pleine volonté de faire un contrat, c'est la rencontre de volonté qui n'a pas eu lieu c'est « Al-Taradhi » qui est inexistant. (Voir erreur sur l'objet).

Les Méthodistes disent que dans la plaisanterie et simulation, il y a eu consentement « Al-Taradhi », libre arbitre et « Ridha », quant aux motifs et conditions « *chardt* » de l'acte ou contrat, mais non sur la cause qui est, par exemple, l'intention de vendre, d'acheter, de se marier ou de divorcer et la manifestation de cette intention. Par conséquent, chaque fois qu'un jugement juridique (acte) peut s'imputer à ses conditions extérieures indépendamment d'une cause réelle, ce jugement ou cet acte seront valables « *Sahihe* » nonobstant la plaisanterie ou la simulation d'un acte caché. Mais chaque fois que l'acte ne peut s'imputer qu'à sa cause réelle ou cachée, sa validité ou plutôt son efficacité sera différée et suspendue jusqu'à la réalisation de sa cause juridique. Mais comment un effet peut-il précéder la cause? Il n'y a point d'illogisme, l'acte existe extérieurement par sa cause et conditions nominales et rationnelles, mais non juridiques; il n'aura donc point d'effet juridique. Son efficacité, c'est-à-dire la naissance d'une obligation nécessaire ne peut se produire qu'après l'existence de la cause juridique, la volonté sérieuse. Et ainsi on maintient l'acte apparent ou par plaisanterie en vertu d'une cause qui ne serait que le motif ou la condition d'un acte véridique, jusqu'au moment de l'intervention d'une cause à la véracité de l'acte par plaisanterie ou au maintien d'un acte apparent; moment où cette cause juridique produirait des effets juridiques.

Les effets de la simulation et de la plaisanterie.

Nous avons précisé qu'un acte par plaisanterie ne cache aucune réalité et que dans la simulation il y a deux actes dont l'un modifie, soit la nature, soit les conditions de l'autre. En principe, ni la simulation, ni même la plaisanterie ne sont cause de nullité ou d'inexistence. Mais les effets sont plus ou moins complets selon qu'il s'agit d'acte révocable ou irrévocable et dans ces derniers selon qu'il s'agit d'acte constitutif ou déclaratif de droit.

L'acte apparent: Qu'il y ait simulation ou simplement plaisanterie,

l'acte apparent est tenu pour valable jusqu'à preuve contraire. Les parties peuvent annuler la contre-lettre s'il y en a, ou s'accorder à exécuter l'acte par plaisanterie. En ce cas là, cet acte apparent fera la loi des parties, comme s'il était dès le début véridique. Mais dans les actes irrévocables constitutifs de droit (19), (divorce, affranchissement), l'acte est maintenu comme valable de plein droit. A ces actes est assimilé le contrat de mariage qui n'est point pourtant irrévocable ; le mariage serait donc valable même s'il n'est qu'un contrat apparent. Tandis que les actes irrévocables déclaratifs de droit (20), (aveu, reconnaissance, quittance) seront nuls par le simple fait de l'existence d'une contre-lettre ou par leur caractère non sérieux.

Les contre-lettres : Les contre-lettres ne peuvent donc se concevoir que dans les actes révocables et parmi les actes irrévocables dans ceux qui sont à caractère pécuniaire. Précisons dès lors qu'une contre-lettre d'un acte déclaratif annihile complètement l'acte apparent, il n'y aurait qu'un acte unique soit à l'égard des tiers, soit à l'égard des parties, car la vérité étant la condition *sine qua non* (Rukn) de ces actes, elle ne se trouverait réalisée que dans la contre-lettre. Pour ce qui est des actes révocables, les contre-lettres peuvent affecter soit les clauses, soit la nature de l'acte apparent.

Les contre-lettres destructives de l'acte apparent : Puisque c'est l'acte secret que les parties ont voulu faire, il fera leur loi. Celui qui l'invoque doit le prouver contre l'acte apparent, et s'il réussit l'acte apparent n'aura point d'effet à son égard. Quant au tiers il fera prévaloir selon les cas (24)_{xx} soit l'acte apparent par ce principe que « nulle obligation ne peut naître à la charge de quelqu'un d'un fait par lui ignoré », soit au contraire, l'acte secret, sauf à en prouver l'existence. Car toujours, tant dans les contre-lettres, que dans les actes apparents, les présomptions jouent en faveur de celui qui réclame le maintien de l'acte invoqué (21). Application de l'adage : « Rester sur un fait est plus facile que de commencer ». Art. 56 du code ottoman.

(19) Les actes irrévocables constitutifs sans caractère pécuniaire : divorce, affranchissement, pardon d'une peine, vœu, offrande.

Les actes irrévocables à caractère pécuniaire : divorce, affranchissement, pardon des lors que tous ces actes sont faits sous condition d'un paiement, d'une somme d'argent.

(20) Car dans ces actes, la cause est la déclaration, si elle est mensongère l'acte est inexistant pour défaut de cause apparente, puisque la cause réelle est toujours inconnue ou en tout cas indifférente.

(21) Abou-Haniffa : l'acte qui réunit ses conditions extérieures est maintenu, car la plaisanterie et la simulation n'y sont point figurées dans les textes. On doit préférer l'acte apparent, si on prouve la contre lettre elle annule le premier acte.

En ce qui concerne les actes irrévocables déclaratifs, ce sont les contre-lettres qui auront une existence. Si une contre-lettre est prouvée, l'acte apparent est nul. En ce qui concerne les tiers s'ils invoquent l'acte apparent on doit toujours prouver contre eux, l'existence d'une contre-lettre. Quant aux actes irrévocables constitutifs de droit (22), les contre-lettres n'ont point d'effet même à l'égard des parties, c'est l'acte apparent qui est maintenu (divorce, affranchissement).

Les contre-lettres affectant simplement les conditions de l'acte apparent : Dans les actes révocables le même principe : efficacité à l'égard des parties et preuve contre les tiers. Dans les actes irrévocables constitutifs à caractère pécuniaires (divorce ou affranchissement sous condition de paiement d'une somme) (23) ; les contre-lettres n'ont point d'effet en ce qui concerne l'acte lui-même il sera définitivement accompli, mais la contre-lettre est valable en ce qui concerne les clauses pécuniaires (25).

L'ivresse

L'ivresse, soit dans le domaine du droit humain, soit au point de vue du droit divin n'est point une incapacité de jouissance chez les « oussoulioum » ; en ce sens que l'ordre de Dieu atteint au même titre l'homme ivre que s'il ne l'était pas. De même en droit humain, l'homme ivre supportera toutes les conséquences de ces actes juridiques ou des voies de fait auxquelles il se livre en état d'ivresse. Il ne pourra point arguer de sa perte momentanée de la raison pour annuler ses contrats. C'est l'opinion prévalue chez les Hanafites.

Plusieurs auteurs, entre autre, *Iman Tah'havy* (26) soutiennent au contraire que l'ivresse est une cause d'absence de consentement ou tout au moins un vice de consentement. Cela n'empêcherait point l'application

(22) Le divorce, affranchissement, mariage, vœu, pardon, sont efficaces malgré la plaisanterie ou la simulation d'un acte caché. C'est l'acte apparent qui a une existence juridique.

(23) Car même si leur caractère pécuniaire est seul envisagé par leur auteur, néanmoins la loi fait passer l'essence de l'acte, son Rukn, avant ses conditions qui sont considérées par le législateur comme accessoires.

(24_{xx}) P. 350, T. 4, Al Kasf.

(25) Voir le tableau dressé par Al Pezdewi des cas de la plaisanterie et de la simulation dans son « metn » Al-Oussoul: p. 357, 370.

(26) Pourtant les auteurs Chaféites ne disent pas que l'ivrogne ne peut être atteint par une imposition, ce qu'ils veulent dire, c'est que l'état d'ivresse est comme l'oubli de soi-même « amnésie ». L'imposition atteint l'ivrogne avant qu'il ne boive. Ils rejoignent les Hanafites pour affirmer que les actes de l'ivrogne seront maintenu par une idée pénale autrement dit à cause du rapport direct entre lui et l'ivresse et les actes accomplis par lui.

Ce point de la capacité de l'ivrogne de celui qui est en état de sommeil ou en

de la peine de boisson, ni l'obligation de réparer les dommages à autrui. Mais tous les actes juridiques et principalement les actes irrévocables ne peuvent être parfaits si le consentement n'a pas été sérieusement donné. Ils se basent sur une décision du troisième Kalif en cette matière. D'autre part, disent-ils, un homme en état de sommeil ne peut accomplir valablement aucun acte juridique; or l'état d'ivresse est bien plus grave puisqu'on ne peut s'en remettre qu'après un certain nombre d'heures.

La doctrine hanafite ne transige que sur quatre points:

1) L'aveu d'ivresse, en état d'ivresse, s'il n'est corrobé d'un deuxième aveu après la cessation de l'ivresse ou du témoignage, ne constitue pas une preuve pour l'application de la peine de boisson.

2) Par le crime d'apostasie en état d'ivresse, le divorce n'intervient pas automatiquement comme il en est en général en ce qui concerne ce crime. Si toutefois l'apostasie n'est pas rétractée en état normal, le divorce est définitif.

3) Une ivresse occasionnée par un médicament administré par un médecin savant et musulman constitue une excuse en ce qui concerne les actes juridiques.

4) L'ivresse par violence est aussi une excuse pour tous les actes qui peuvent être viciés par violence (27).

état d'oubli soulève de vives controverses entre les différentes écoles théologiques. Les 4 écoles orthodoxes font dire l'une à l'autre ce qu'il n'a jamais été dit. Al-Pezdewi parmi les auteurs de « Al-Ouçoul » traite la question avec plus de méthode. L'ivresse ni chez les Hanafites, ni chez les Chaféites et je crois non plus chez les Malékites n'est point un empêchement à la naissance d'une obligation ni divine, ni humaine, elle ne serait qu'un simple empêchement à l'exécution et seulement en droit divin, c'est-à-dire que les prières de l'ivrogne seront Batil, mais non ses actes juridiques.

Si Iman Tahavy d'après le commentateur d'Al Pezdewy soutient le contraire, c'est qu'il se rattache à cette école théologique qui dit: « l'imposition d'une chose humainement impossible est impossible » et par conséquent, l'ivresse, le sommeil, l'oubli empêchent même la naissance d'une obligation. Voir les détails p. 352-356, T. 4, Al-Kasf; 315-320, T. I, Nihayet-El-Soul.

(27) Pour les actes irrévocables, la solution non énoncée par les auteurs découlerait logiquement de la nature de ces actes. Mais n'y a-t-il pas une contradiction à admettre l'excuse pour cause de médicament et non pour cause de violence? Il serait bien plus logique de décider qu'une violence totale fait de l'ivrogne un instrument de l'auteur de la violence et par conséquent ses actes irrévocables ne seront plus accomplis valablement dans l'état d'ivresse. D'autre part, il est admis sauf exception que la violence totale laisse les choses au point où elles étaient avant la violence. Y a-t-il des raisons pour écarter cette règle (p. 178, T. 7, Al-Kachani) et appliquer l'exception en faveur des actes irrévocables. C'est d'ailleurs la solution de Kadi-Kahan énoncée dans « Al-djami el Sakhir » et qui ne fait aucune distinction des degrés de la violence (p. 354, T. 4, Al-Kasf).

La volonté déclarée et l'intention

Les articles 2 et 3 du code ottoman posent comme principe général du droit que les faits et les actes juridiques doivent s'interpréter d'après les intentions des partis et non d'après les apparences des faits ou la construction d'un mot ou d'une phrase (28).

Nous allons analyser et voir dans l'exposé suivant toutes les infidélités et les exceptions de ce principe, ce qui le réduit presque à néant. Nous croyons que ce développement du formalisme verbal était aussi bien nécessaire que salulaire dans une société où l'instruction n'était point si répandue, où la plupart des contrats étaient conclus verbalement et où il n'existait point d'institution, ni pour assurer la preuve des contrats par un autre moyen que le témoignage, ni de moyens de publicité pour porter à la connaissance des tiers un fait juridique. Le formalisme verbal tempéré ne pouvait que mieux assurer la sécurité contractuelle à défaut d'autres moyens plus sûrs.

Nous ferons l'exposition des formes verbales de quelques contrats, sans en induire une conclusion d'où elle ne pourra point ressortir à cause de la diversité des cas. D'ailleurs nous reprendrons cette question à l'occasion des vices du consentement.

Présomption légale en matière d'actes déclaratifs

La reconnaissance et l'avou purs et simples ne nous retiendront pas ici. Pourvu qu'il y ait une volonté sérieuse non viciée, un *Ridha*, elle engen-

(28) Un mot du prophète (les actions « s'interprètent » par l'intention) est sûrement la source positive de ces articles. Nul doute que les arabes dans le siècle du prophète ne pratiquaient point un droit formaliste au sens propre du mot. La tribu de Mohamed était composée d'hommes d'affaires faisant le négoce et les intermédiaires entre la Syrie, l'Arabie du sud et l'Abyssinie. Meck tenait annuellement des foires où se réunissaient les arabes de Mésopotamie. Il est très difficile de concevoir qu'un droit formaliste ait été pratiqué dans des marchés si hétéroclites. La littérature anti-islamique ne nous transmet aucune trace de formulaire. Il est bien probable qu'en Arabie du nord-ouest l'appareil juridique était simple pour répondre à un besoin de célérité et de simplicité. Le prophète n'aurait transmis qu'un principe reconnu de son temps; et sans doute le principe dans l'idée du prophète était-il général au droit et à la religion. Plus tard les juristes ont distingué le culte du droit. Les questions cultes, pratiques et croyances seront formalistes. On ne peut devenir croyant que par une formule consacrée, ni faire des prières, ni des discours de vendredi sans réciter à haute ou basse voix et dans l'ordre voulu, soit des morceaux du Coran, soit des prières transmises par tradition. Arrivant aux questions de droit, ils ne pouvaient se dérober à ce texte précis, mais les 4 Imans ayant développé leur système au cours du 11^e siècle de l'Hégire, ils n'ont pu que sanctionner un état de fait propre à certaines traditions des peuples ci-devant gouvernés par les Romains ou les Farsans.

dre immédiatement des obligations à la charge du déclarant. Chez les Hanafites cette reconnaissance n'est pas suspendue à une acceptation (29) mais celui au profit duquel on reconnaît une obligation peut dénier la reconnaissance, il ne peut pas être déclaré créancier malgré lui.

Mais cette reconnaissance peut avoir été faite avec éléments annexes qui peuvent ou bien la rendre caduque, ou modifier plus ou moins ses effets.

1) l'élément annexe peut affecter l'existence de la reconnaissance, pour la rendre caduque, ex. : je dois à tel 1000 si Dieu veut, ou si tel le veut ou si tel événement arrive, car une reconnaissance conditionnelle est nulle même si la condition est casuelle.

2) l'élément annexe peut être une qualification du droit reconnu. En ce cas là le droit reconnu ne saurait qu'être mieux précisé : je dois à tel 1000 comme prix de vente. Je lui dois donc cette somme par cette cause et non par telle autre.

3) l'élément annexe peut avoir égard à la quantité ou à la somme reconnue. Cet élément peut se présenter sous forme d'*exception* ou de *modification*.

L'exception : l'objet excepté peut être ou de la même ou d'une autre espèce que l'objet du droit reconnu.

L'exception de l'espèce se fait en trois modes :

- 1) l'exception du nombre inférieur du nombre supérieur : je dois 100 moins 10, je ne dois donc que 90 ;
- 2) l'exception du nombre supérieur d'un nombre inférieur : je dois 10 moins 100, je devrai tout de même 90 ;
- 3) l'exception d'un nombre égal : je dois 100-100. L'exception est nulle, je dois 100.

L'exception d'un objet d'une autre espèce que l'objet du droit reconnu : cette chose exceptée peut ou bien être une chose qui fait habituellement l'objet d'un droit de créance (chose fongibles) ou bien qui ne fait point habituellement l'objet d'un droit de créance (chose non fongibles).

L'exception d'une chose non fongible : je dois 100 moins une robe. D'après Al-Chaféï on déduira le prix habituel d'une robe, d'après Abou-Hanifa la reconnaissance est pure et simple.

Pour les choses fongibles l'exception est valable d'après les deux Imans. Par contre Zufar et Mohamed, tous deux disciples d'Abou-Hanifa, soutiennent qu'une exception n'est point valable si son objet est d'une autre espèce que l'objet du droit reconnu.

(29) Art. 718, code Kalil.

Quant à l'exception disjointe de la reconnaissance elle est nulle à l'unanimité des auteurs, la reconnaissance est pure et simple.

Remarque: Un point très discuté entre les Hanafites et Chaféïtes, c'est celui de savoir comment on doit synthétiser, dans la pensée, les différentes propositions d'une phrase. Il est évident qu'une proposition pure et simple à un sens unique. Mais une phrase doit aussi avoir un seul sens, même quand elle est composée de plusieurs propositions; c'est un point indiscuté entre les deux doctrines; où la divergence surgit, c'est sur les procédés d'unification des propositions qui composent la phrase. Pour comprendre l'importance de la question au point de vue de droit musulman, il faut se rapporter à ce que nous avons fait remarquer en parlant du consentement sur la méthode de raisonnement des auteurs musulmans qui cherchent toujours à séparer la réalité extérieure de la réalité intérieure des choses, l'apparence et le fond, les moyens et les buts.

Enfin, aussi pour comprendre les causes de la divergence des rites, en ce qui concerne cette question, il ne faut pas sortir du point de vue des auteurs musulmans. Or, par ceux-ci la question se pose ainsi: la phrase est la forme de la pensée, le moyen utilisé pour arriver à un but qui est l'expression d'une idée et d'un sens. Mais il arrive quelquefois qu'une phrase incomplète au point de vue grammaticale a néanmoins exprimé une idée, elle recèle un sens, comme il peut arriver tout le contraire. Or si le grammérien a pour étude la forme de la phrase, ce cadre de la pensée; le juriste ne doit pas s'en tenir à ces apparences; il doit chercher le fond des choses, ce que celui qui a prononcé la phrase *a voulu* dire et *a voulu* réaliser. Si par conséquent, *cette idée, ce sens* et enfin *cette volonté*, de laquelle dépend tout effet de droit, se trouve suffisamment précisée, le juriste déclarera qu'il y a *une phrase, un sens* et *une volonté* exprimée, qui va pouvoir réaliser des effets de droit, malgré que la phrase est encore incomplète au point de vue grammaire. Voilà le donné principal des Ouçouloums qui est à la base de plusieurs règles générales, qui trouvent leurs applications aussi bien en matière de l'interprétation juridique du Coran et qu'en matière de l'interprétation juridique du contrat.

Or, une phrase grammaticale réunit souvent plusieurs propositions par des procédés différents, tantôt les propositions sont rattachées l'une à l'autre par l'adjonction (préposition, *et*, tantôt par l'exception et tantôt par la rétractation ou la modification « préposition non et moins ». Ex.: par ordre *je dois un livre et une robe*. J'achète tous tes livres sauf *les éditions de luxe*, je te donne 100 francs moins 50 francs, je te dois 200 francs non 100 francs. Dans tous les exemples si l'on veut chercher le sens on doit lire: je dois un livre et je dois une robe, j'achète *tes livres* et n'achète pas les éditions de luxe, etc...

L'adjonction: la préposition « et » rattache intimement. c'est-à-dire au

point de vue du sens, toutes les propositions d'une phrase même si les propositions concernent des objets d'espèce très différents. Si je dis : je vends une brebis et un cheval, la différence d'espèce entre cheval et brebis n'empêche point que *je veux vendre*. De même, si je dis, je dois 100 francs et une robe, la différence de nature entre la robe et les francs n'est pas un obstacle à l'expression d'une intention de faire une reconnaissance. Dans les exemples cités il y a toujours *une seule* intention qui se manifeste, elle doit donc produire les effets juridiques qu'elle concerne. Mais si par hasard je dis je dois 100 francs et 20 litres de vin ou je vends une brebis et 20 litres de vin, comme « *et* » lie intimement les propositions, j'ai eu donc une seule intention qui est illicite ; ma volonté de faire une reconnaissance de dette ou de vendre n'aura plus d'effet. Si plus tard mon acheteur renonce à prendre livraison du vin et se contenter des brebis il n'y a pas moins eu un contrat illicite, car en rattachant les propositions par « *et* » je n'exprimais qu'une seule intention de vendre, laquelle est illicite. C'est du moins l'opinion des Hanafites.

L'exception et la modification : les propositions : moins, sauf, non, font présumer au prime abord qu'il y a deux pensées différentes dans une seule phrase. Mais les Hanafites ne renoncent pas facilement à l'unité du sens qui doit se dégager d'une phrase, c'est pourquoi ils feront une première distinction qui concerne l'espèce des objets énoncée dans les propositions rattachées de cette manière. Si je dis, par exemple : je vends ou je dois 100 brebis moins 3 brebis, comme brebis forme une espèce, il est bien probable que j'ai eu l'intention de vendre ou de faire une reconnaissance concernant 97 brebis. Mais tout change, s'il y a deux choses d'espèces différentes. Dire que je vends un cheval moins une brebis est un non-sens ; et alors comme la vente est un contrat révocable par nature, je n'ai en réalité ni vendu un cheval, ni une brebis, l'intention n'est pas suffisamment précisée. Il en serait tout autrement, s'il s'agit d'un acte irrévocable ; dire je dois un cheval moins une brebis ou 100 francs moins une robe indique suffisamment une intention de faire une reconnaissance de dette car personne n'ira s'amuser à reconnaître ce qu'il ne doit pas ; par conséquent on saisira la première proposition et on en fera découler des effets de droit. Dans le cas sus-indiqué celui qui a fait la reconnaissance devra un cheval sans tenir aucun compte des brebis. Mais si on fait excepter deux choses de même espèces (je dois 100-70 francs), ici on pourrait faire agir l'exception sans aucun inconvénient, puisque deux choses de même espèce peuvent faire l'objet d'une soustraction, ce qui ne porte aucunement atteinte au caractère irrévocable de l'aveu considéré comme acte juridique, abstraction faite de son contenu. Quant à la rétraction et à la modification qu'une proposition d'une phrase peut faire subir à une autre, ils ne sont valables qu'en matière d'acte révocable ; en

matière d'acte irrévocable il n'en sera tenu aucun compte, sous peine de détruire l'irrévocabilité de la reconnaissance. C'est pourquoi tantôt on tient la modification comme caduque en tant que modification pour lui faire produire les mêmes effets juridiques qu'une adjonction (je dois 100 francs non 10 brebis, dette reconnue 100 plus 10 brebis) et tantôt quand elle a pour objet d'aggraver l'ancien on la tient pour valable.

Voilà en résumé, ce que pensent les auteurs Hanafites sans l'exprimer dans leurs arrêts de jurisprudence, arrêts qui sont basés sur les règles établies par les Ouçoulioums d'une manière très générale. Quant à la doctrine Chaféite, elle adopte des règles tout à l'opposé de celles des Hanafites, et d'où ils déduisent des solutions contraires.

La modification: La modification d'une reconnaissance peut se rapporter à un objet de la même espèce ou d'une autre espèce que l'objet du droit reconnu.

Exemple: je je dois 100 non 200 francs, dans ce cas le premier terme est nul et le deuxième efficace, la dette sera 200.

Ou bien je modifie par un objet d'une autre espèce: je dois 100 non 10 brebis, je devrai en ce cas les deux choses à la fois, il y a là deux reconnaissances distinctes

Mais si la modification de la reconnaissance est faite en faveur d'une autre personne que celle à laquelle on a fait la première reconnaissance, il arriverait ceci: le reconnaissant devrait l'objet ou le droit reconnu à la deuxième personne par l'effet de cette deuxième reconnaissance qui a annulé la première reconnaissance et il devrait garantie au premier, auquel il a fait la première reconnaissance; celui-ci ne doit point souffrir d'une deuxième reconnaissance. On doit toujours garantie d'un fait personnel, art. 100 du code ottoman (30).

Les termes employés pour l'affranchissement

L'affranchissement peut être fait valablement en termes verbaux spécifiques, même sans intention. Si l'affranchissement est fait par écrit l'intention doit être précisée et déclarée. Enfin il y a trois sortes de termes pour l'affranchissement.

Les termes spécifiques: ces termes opèrent instantanément et même prononcés par erreur et sans aucune intention; le Ridha peut ne pas exister, l'affranchissement sera néanmoins fait. Si on emploie les termes figurés ou quasi spécifiques: tu es mon frère, mon oncle ou tu es libre

(30) P. 214, 217, T. 6, Al-Kachani.

de faire ce qu'il te plaît, je n'ai point de droit sur toi ou l'épellation d'un terme spécifique, ainsi que: T. U. E. S. T. L. I. B. R. E., etc... On se rapportera pour décider du sort de l'acte à l'intention telle qu'elle ressortira des faits ou d'une déclaration expresse postérieure.

Les termes étrangers à la matière: va-t-en, donne moi à boire, n'opèrent point, affranchissement même avec intention (31).

LES TERMES DU COMMODAT

Les termes spécifiques et la remise de l'objet opèrent commodat de plein droit, même sans intention; il est au contraire nécessaire qu'il y ait une intention expresse quand on emploie des termes équivoques. Si le prêteur emploie un terme ayant un autre sens que le commodat, tout en faisant tradition de la chose; d'après Abou-Hanifa on ne tient point compte des termes, on recherchera ici l'intention.

D'après Abou-Iousouf, si une personne dit à une autre: « ma maison est Habous pour toi », tout en la mettant en possession, il y a lieu, à coup sûr, à une donation. Abou-Hanifa répliquera que ce n'est point sûr, si la personne a l'intention de commodat, l'emploi d'un terme étranger à la matière suivi de la remise de la chose ne doit s'interpréter que dans le sens le moins onéreux à celui qui en prend l'initiative par l'application d'une règle d'équité. Art. 27, 28, 29, 30, du code ottoman disposent, que: entre deux maux on doit choisir le moindre mal et qu'éviter un mal est toujours préférable à la réalisation d'un intérêt.

Les donations: un terme spécifique accompagné du désaisissement du donateur opère donation de plein droit. Un terme équivoque même accompagné de désaisissement n'implique donation qu'avec une intention expresse ou des faits ne laissant aucun doute sur l'intention (32).

LES TERMES DE LA VENTE ET DU LOUAGE

L'acheteur ou le locataire peut adhérer au contrat par les termes suivants du mode présente: j'achète, j'accepte, je prends, je consens.

(31) En général, l'autorisation de faire le commerce donné à un esclave ne peut contenir des clauses restrictives de nature à induire les tiers en erreur. Ainsi l'autorisation sera réputée générale et sans terme malgré l'autorisation de la restriction de la part du maître à un genre d'industrie ou de commerce, un terme non ordinairement employé dans le commerce sera réputé nul et l'autorisation valable. Toutes ces présomptions légales sont édictées en faveur des tiers. (Voir en doctrine makélite Perron, jurisprudence musulmane, p. 275-278, T. 4, et p. 51-54, T. 4, al Kasani.

(32) P. 115, T. 6, Al-Kachani.

Le mode impératif ne peut être employé par aucune des parties ; la vente ou le louage n'auront point lieu, par ces termes, même si telle était l'intention des parties. Mais la prohibition ou l'inefficacité de l'impératif ne concerne que les termes, vendre, acheter et louer. L'emploi des termes comme : prends, tiens, donne, passe-moi la chose, opèrent vente, car on considère que le contrat étant déjà conclu, les termes ci-dessus indiqués ne concernent que la livraison de la chose.

Le mode futur est lui aussi absolument sans effet en matière de vente et de louage. Le mode passé d'un terme spécifique opère vente, louage sans intention (33).

Le cautionnement : Des termes comme : je suis caution, je porte, je supporte, indiquent clairement l'intention de la caution. Elle ne peut donc point se rétracter ou se dérober à son engagement pris peut-être sans intention.

Les termes comme : est-ce que tu es garant ? oui, sois caution, j'accepte : seras-tu caution ? oui, sont soulignés par Akif Zadé comme équivoques et ne précisant point l'intention de la caution. Pour le terme : c'est mon dû, une décision récente a admis pourtant contrairement à la jurisprudence Hanafite qu'elle précise suffisamment l'intention.

Contrat de gage : Accompagné de la remise de l'objet chaque terme qui évoque un sens d'appropriation conditionnelle ou à terme, opère gage de plein droit, art. 707 du code ottoman.

D'après Al-Chaféï, Malek et Iben Hanbel le mot gage doit nécessairement être employé à défaut duquel le contrat est un dépôt.

Les donations : il faut l'emploi d'un terme qui désigne un désaisissement définitif, art. 838. Un terme équivoque entre les donations et le prêt, opère prêt et non donation, art. 839. Les dons manuels accompagnés des situations de fait précisant l'intention, peuvent être faits sans mot prononcé. Toutes les donations entre époux, même par don manuel sont réputées faites avec intention de dépôt, s'il n'y a volonté expresse contraire (31).

Présomptions légales de volonté

Avant d'aborder l'étude des formes de manifestation de volonté, nous ferons un exposé de présomptions légales adoptées par le code ottoman

(33) Art. 172, c. otto, p. 175, T. 4, et 134, T. 5, Al-Kachani. — Art. 434, 435. otto.

(34) Art. 838, p. 35, T. 7, Ali-Haydar.

en matière de l'interprétation des volontés des contractants. Ces présomptions sont générales à tous les actes juridiques et régissent tous les modes de manifestations de volonté.

Du recours aux présomptions: les art. 13, 14, 15, disposent qu'une présomption ne peut jamais jouer à l'encontre d'une volonté expresse claire, ni contre un sens figuré quand il n'y a point de circonstance de fait permettant un doute (35). Quand donc devrait-on avoir recours aux présomptions d'interprétation? C'est chaque fois, dit l'art. 60 du code ottoman qu'on ne trouve aucune volonté expresse; les paroles ne pouvant alors être prises ni au sens propre, ni au sens figuré, on doit tout de même leur faire produire un effet juridique, s'il est possible, avant de les déclarer inutiles. Mais cette présomption ne sera valable qu'autant qu'il n'y a ni dans le texte confus, ni dans les faits, d'où on va tirer une présomption, aucune trace ni de volonté contraire ni de faits incompatibles avec le sens que l'on va donner à la volonté d'un contractant, art. 46 du code ottoman. Cette contradiction n'a pas besoin d'être apparente, car on peut repousser une présomption par une autre quand il s'agit des présomptions de fait; à cet égard, l'art. 56 dispose qu'il est préférable de rester sur un fait que de passer à un autre. Quant aux présomptions de volonté tirées des textes on leur donnera la priorité (36) sur la non efficacité tant qu'elles ne seront point contredites par des présomptions de faits (voir article 68) (37).

De quelques présomptions légales en matière contractuelle: Les art. 42,

(35) Abou-Hanifa: le sens figuré prend la place du sens propre dans la phrase non dans le jugement où il est identique, p. 397, T. 2, Al-Kasf.

(36) Ainsi si un homme mourant reconnaît qu'un bien à lui, appartient par indivision à un tel, son héritier, et tel autre, qu'il veut peut-être gratifier; la reconnaissance au profit d'un héritier étant nulle, on ne pourra pas en déduire qu'elle est valable au profit du tiers. Ici, il y a une volonté expresse en partie nulle, on ne pourra pas en déduire une présomption en faveur du tiers, parce que le fait que le défunt voulait établir cette situation d'indivision, nulle en partie, ce qui entraînerait la nullité de la reconnaissance, prime une présomption de volonté.

Aussi si le vendeur dans un même contrat vend 2 choses à la fois dont l'une connue et l'autre inconnue et indéterminée, la vente pour cette dernière étant nulle, le contrat n'aura point d'effet, même à l'égard de l'autre objet.

Aussi si une personne reconnaît à son cohéritier une part excédant sa part de l'héritage, la reconnaissance sera nulle pour le tout, elle ne sera point maintenue pour la partie qui revient à la personne au profit de laquelle la reconnaissance a été faite. Aussi si une personne se reconnaît débitrice d'une autre personne d'une somme en compensation d'une main qu'elle lui a coupée, la reconnaissance est nulle si la personne gratifiée a ses 2 mains.

(37) Art. 68. Quand on ne peut savoir la vérité sur des faits d'ordre intérieur on les juge d'après leur signification extérieure.

45 disposent que l'usage, soit chez les commerçants, soit dans les pays des contractants fait loi entre les parties sur les questions où il n'y a point de stipulations expresses. L'art. 63 dispose que l'énonciation d'une fraction d'une chose indivisible est comprise pour le tout. L'art 64 indique que les restrictions à une stipulation absolue ne peuvent résulter que d'une volonté expresse, car une exception ne se présume point dans les contrats. L'art. 65 établit une présomption que nous verrons plus tard sur l'incompatibilité des faits et de la volonté expresse, elle est ainsi conçue : « la fausse qualification d'une chose présente est nulle, la fausse qualification d'une chose non présente est valable ».

Ces présomptions se trouvent dans les généralités du code, elles proviennent toutes de la doctrine et sont les plus usuelles en matière contractuelles.

Les Ouçoulioums traitent des présomptions dans l'étude de la causalité juridique. La science de droit ayant sa source dans le Coran et la volonté divine, les juristes se sont ingéniés à solliciter ces textes, ils ont été amenés par là à poser différentes règles qui n'ont aucun intérêt direct en droit civil. Les auteurs du code en ont extrait ce qui est proprement juridique et d'application en matière des contrats.

CHAPITRE IV

Modes d'expression d'un consentement

Modes ordinaires

Le verbe: Les contrats verbaux étaient les plus usités, aussi l'étude de la construction des phrases a été poussée très loin par les juristes uniquement au point de vue juridique et non grammatical. Ils en traitent généralement dans la science de « Al-Oussoul ». Les discussions et les divergences des doctrines n'ont point d'intérêt juridique, au moins directement, c'est pourquoi on n'en trouve nulle trace dans les œuvres de jurisprudence. L'intérêt de cette étude est limité aux juges et aux interprètes de la loi divine afin d'en déduire la solution d'un cas de droit ou du « Fiqh ». Mais aussi ces règles d'interprétation du verbe seront applicables aux contrats verbaux ou écrits. En somme, toute cette partie de « Oussoul » se résume dans des analyses logiques des phrases selon la syntaxe arabe.

L'écriture: L'écriture n'est point un mode originaire et naturel d'expression comme les signes et les paroles, c'est un mode dérivé mais qui pour le lettré, remplace absolument la parole pour exprimer une pensée (38). L'art. 69 du code ottoman dit clairement que l'écriture vaut la parole comme mode d'expression. L'auteur d'Al-Hédaya disait: « l'écriture de l'absent, c'est le discours du présent. Donc elle peut être employée indifféremment avec la parole pour accomplir n'importe quel acte juridique.

Les Hanafites distinguent trois cas d'écriture (39):

- 1) Une écriture lisible, c'est-à-dire écrite en caractères habituels et connus de tout le monde et sur une matière adéquate. Cette écriture remplace et tient lieu absolument de parole;
- 2) Celle écrite en caractère lisible, mais sur une matière non adéquate et qui n'est point employée pour écrire, ou celle écrite en caractères chif-

(38) P. 14-15, T. II, Nihayet el-Soul.

(39) P. 261, Kulliat Ali-Haydar.

frés sur une matière ordinaire. Dans les deux cas, cette écriture ne fait point foi par elle-même, il faut une affirmation de l'auteur d'un acte que telle est sa volonté. Ainsi, alors qu'une personne pourrait affranchir son esclave, même sans intention, en lui récitant ou en lui écrivant une formule d'affranchissement composée de termes spécifiques ;l'affranchissement n'aura lieu s'il est écrit de cette manière que s'il affirme, soit dans l'acte, soit verbalement que telle est sa volonté.

3) L'écriture faite sur une matière inconsistante, sur l'eau ou dans l'air, n'aura point d'effet. Si une personne déclare, par exemple à son esclave que sa volonté est la suivante et qu'il trace « tu es libre » sur l'eau, sur le sable, l'esclave ne serait point affranchi.

Ce que nous venons d'exposer, c'est la solution adoptée par le code et par les juristes Hanafites des derniers siècles. Longtemps l'écriture était considérée comme un moyen douteux d'expression, la preuve testimoniale était préférée à la preuve par écrit. L'auteur d'un écrit pouvait toujours le contester nonobstant l'expertise ; les dires d'un expert d'après les anciens auteurs ne sont point parmi « les causes juridiques » qui doivent déterminer un jugement. Ibn Nejm dans son ouvrage *Al-Asbah* disait : « on ne tient point compte de l'écriture et on ne juge pas d'après elle », sauf exception qui sont, d'après Abou-Iousouf et Mahomed, au nombre de trois : le juge, le témoin et le rapporteur peuvent se fier à leur écriture s'ils ont oublié les faits anciens, ce qui comprend aussi pour le juge, les écrits de ses prédécesseurs et les lettres de ses collègues si elles ont la forme prescrite.

Les contrats et les actes par écrits tout en étant valables ne faisaient point foi sans témoignage, exceptés les actes publics. Nous pouvons classer en trois ordres la foi due aux écrits, d'après l'opinion de quelques auteurs tels que Kadi Kan, Sarkasi (40) et Zaylaï et plusieurs autres plus récents.

Les actes publics : Le registre royal scellé, tous les actes royaux contenant le sceau, les registres de la justice, art. 1738, du code ottoman, les actes ou contrats écrits en présence des parties par un « Muhdar ou Amine » signés par les parties et ayant le sceau de juge soit que l'acte est resté entre les mains de la partie qui l'invoque ou qu'il fut gardé dans les registres. Tous ces actes font pleine foi de leurs contenus.

Les actes privés : les registres du commerçant, du banquier et du courtier font preuve contre eux non pour eux. D'après un auteur, il faut que ces livres soient tenus par les intéressés eux-mêmes, leurs noms et sceau en tête. Car on doit toujours craindre une collusion entre le comp-

(40) P. 31, 682, 724, *Mirâtul-Majallat*.

table et le tiers. Les actes entre non commerçants s'ils sont précédés de leur nom « *de un tel à un tel* » et scellés par leurs sceaux,, feront foi même si la personne contre laquelle on l'invoque nie l'écriture, car un tel acte est la reproduction exacte des paroles (41). Sont assimilés aux actes faisant foi par eux-mêmes, tous les actes émanant d'une personne contre qui on ne réclame point de témoignage, gouverneur notable, etc... même s'ils ne sont point conçus dans les formes consacrées, pourvu qu'ils soient scellés. De même le simple billet d'un commerçant ou d'un banquier collé sur une bourse indiquant que cette bourse est à un tel, et cela même si le billet n'est pas signé; car un banquier n'ira pas s'amuser à désigner son bien comme appartenant à autrui.

Les actes privés qui ne font point foi sans témoignage: Tout acte écrit à la main ou dicté, s'il ne contient pas le sceau et s'il n'est point précédé des noms des contractants peut être nié à charge de serment, même s'il ressort par expertise une ressemblance entre l'écriture de l'acte et celle de celui qui le nie.

Ibn Nejim n'admet le témoignage, pour corroborer un acte dont l'écriture est contestée, que si les parties ont fait lecture de l'acte aux témoins; ainsi le témoignage sera presque fait sur un acte verbal. Car disait-il, on peut supposer, tant, qu'ils n'ont point fait la lecture de l'acte devant témoins, que, peut-être, l'acte fut écrit à titre de projet.

Les contrats par courrier: Quelquefois les parties échangent leurs volontés indirectement par l'intermédiaire d'une tierce personne, sans que celle-ci soit mandataire de l'un des contractants. C'est un porte-parole tout simplement, nous en parlerons à l'occasion des contrats par correspondance.

La valeur de la traduction: Les Hanafites admettent généralement que les paroles du traducteur sont assimilées aux paroles originaires traduites. En matière pénale cependant, l'aveu traduit d'un homme, s'il n'y a point de témoin de son délit, ne motifierait pas un jugement. Mohamed fait une restriction en matière de témoignage: d'après lui, du moment qu'on ne comprend les paroles du témoin que par intermédiaire, la traduction est donc un deuxième témoignage, il faudrait deux traducteurs pour valider déjà la traduction, après quoi on pourra citer l'étranger comme témoin (42).

Les signes du muet: Un muet accidentellement et dont on espère la guérison ne peut point contracter ou accomplir un acte que par écrit,

(41) D'après Moultaḳal Abhour, Al-Zaylaï et El-Hedaya. Les art. 1609, 1610, . otto. n'exigent pas ces formules anciennes de *tel à tel*. D'après le code, l'acte même écrit de la main d'un étranger, s'il est signé ou scellé, fait foi contre son auteur, mais la preuve contraire est admissible si son écriture ou son sceau ne sont point connus.

(42) P. 269, Kulliat Ali-Haydar.

sauf en cas de maladie grave, cas où il pourra faire son testament par signes. Quant au muet naturel, celui-ci peut accomplir tout acte par signe. Les signes étant pour lui la forme originaire d'expression comme la parole, il n'est point obligatoire pour lui de contracter par écrit, même s'il sait lire et écrire, car l'écriture n'est qu'un moyen dérivé d'expression. D'après un auteur, si le muet a l'habitude de s'exprimer par des sons, il serait nécessaire, pour être fixé sur son intention, de les exiger de lui au moment où il voudra accomplir un acte. Cette opinion n'est point suivie en doctrine.

L'auteur d'Al-Hedaya dit qu'on ne pourra exiger formellement que le mouvement horizontal de la tête pour la négation et le mouvement vertical pour l'affirmation. Tous les autres signes, le muet les fera selon son habitude et facultativement.

Il n'y a qu'en matière pénale que le muet est incapable de droit d'exprimer sa volonté, soit par écrit, soit par des signes; il ne sera point reçu comme témoin d'un crime ou délit, et son aveu ne fera point foi contre lui en l'absence des témoins, car « une peine est toujours évitée par un doute ».

Le silence comme manifestation de volonté

D'après les classifications de Al-Pezdewi, il y aurait quatre sortes de silence (43) que l'on peut interpréter comme manifestation de volonté.

1) Un silence que l'on peut assimiler à une volonté expresse. C'est le silence sur un point qui découlerait nécessairement du sens de la phrase. Cela arrive toutes les fois que l'interprétation d'une volonté se fera nécessairement par l'interprétation, dans une phrase, de la deuxième proposition incomplète par les premières propositions complètes. Ainsi si quelqu'un dit: « je lègue 1000 à Paul et Pierre, 600 à Paul » le silence sur la part de Pierre ne signifie pas que l'auteur du legs n'a point manifesté sa volonté à ce sujet, la part de Pierre sera 400. Aussi dans un contrat de commandite le silence sur la part du commanditaire s'interprétera par l'assignation de la part du commandité. Dans tous ces exemples il y a une nécessité logique à laquelle on ne peut pas se dérober.

2) Un silence que l'on peut interpréter par les circonstances des faits (non de la phrase) comme une affirmation ou une négation. C'est le silence sur des faits qui nécessiteraient une explication dont l'absence nous fait présumer une explication qui découlerait des circonstances. C'est ainsi que tout ce qui n'est pas défendu par le prophète ou le Coran est permis,

(43) P. 147, 154, T. 3, Al-Kasf.

ce silence équivaut à une permission expresse. Ainsi le désaveu implicite qui résulterait d'une reconnaissance de paternité en faveur d'un enfant, faite par le maître d'une esclave, ayant mis au monde deux enfants par deux couches. Le silence sur la paternité du deuxième est un désaveu. Ainsi le silence gardé par la vierge quand son tuteur lui demande son consentement à un mariage, équivaut à une acceptation.

3) Un silence que l'on interprète toujours comme acquiescement, sur des faits nécessitant une déclaration, pour éviter l'erreur au tiers. C'est ainsi que l'on interprète le silence du maître qui voit son esclave faire le commerce sans l'en interdire. Le silence de celui qui, ayant droit à la retraite d'indivision au moment de la vente par lui connue, l'empêchera d'être recevable à intenter de nouveau la retraite, il sera censé avoir renoncé à son droit par son silence.

4) Le silence gardé sur deux propositions adjointes ; celles-ci s'interpréteront l'une par l'autre pour ne former qu'une seule proposition. Ex. : « je dois cent et brebis » ici le mot brebis deviendra complément de cent et la phrase deviendra, je dois cent brebis.

Les chaféïtes admettent le premier et le deuxième cas et rejettent les deux autres. Nous ne pouvons entrer dans les détails de leurs preuves (44) ce qui ne touche que de très loin le droit. Mais ce qui ressort de cette divergence, c'est que les chaféïtes ne concèdent que rarement aux faits extérieurs une tournure interprétative de l'intention, ils exigent dans une plus large mesure l'expression formelle de la volonté. Ainsi, bien que le principe de l'interprétation limitative du silence soit admis pareillement dans les deux doctrines ; les hanafites multiplient les exceptions en faveur des tiers, tandis que les chaféïtes restent dans les limites des principes et leurs solutions sont toutes orientées vers la protection des parties et le respect de la volonté et de l'intention.

Les solutions de la jurisprudence hanafite : L'art. 67 est ainsi conçu : « on ne doit pas imputer une parole à celui qui garde le silence, mais dans les circonstances où il est nécessaire de s'exprimer, le silence est une expression ». Le texte est on le voit assz confus, c'est pourquoi nous avons exposé les présomptions des « Oussoulioums ». L'art. 67 serait la consécration législative des cas n^{os} 2 et 3, tel qu'il est interprété par la jurisprudence. Mais à regarder de près soit les classifications des juristes, soit l'art. 67, on s'aperçoit qu'on n'y trouve rien de précis ni un principe d'application générale, tout dépendra de l'explication de ces « circonstances nécessaires » et de l'interprétation que va leur donner la juris-

(44) Voir l'opinion des Chaféïtes sur l'adjonction, l'exception, p. 407, 430 et 486, T. II, Nihayet el Sul.

prudence. Nous citerons quelques cas empruntés à Ali-Haydar, dans ses commentaires sur les Koulliat :

Les cas où le silence ne doit pas s'interpréter comme acceptation : Le silence gardé par le propriétaire en cas de la vente de son bien par un tiers ; que le propriétaire soit présent ou absent, son silence n'implique pas ratification de la vente. De même le silence gardé par un propriétaire qui voit un tiers s'emparer ou détruire son bien, ne signifie point une autorisation. Si la femme emporte un bien du mari, même à sa connaissance, et qu'elle le garde des années durant, son mari pourra le revendiquer plus tard, son silence ne signifie pas qu'il fait don de l'objet à sa femme. S'il vient à la connaissance du cadî qu'un mineur ou un prodigue sans tuteur fait des actes de commerce, son silence n'est point une autorisation tacite.

Cas où le silence s'interprète comme acceptation : Le vendeur qui a un droit de rétention sur l'objet vendu et ne s'oppose pas à la livraison est censé y renoncer. L'acheteur prévenu par le vendeur d'un vice de l'objet vendu, s'il garde le silence, est censé renoncer à l'option du chef de ce vice signalé. Le créancier gagiste qui voit sans protester son débiteur vendre l'objet du gage ne pourra plus revendiquer son droit à la rétention de l'objet. Le débiteur propriétaire du gage ne pourra plus revendiquer l'objet du gage s'il n'a point protesté au moment où le gagiste l'a vendu, en sa présence ou à sa connaissance, s'il n'a point manifesté son opposition. Sont assimilés à ces cas toutes les acceptations tacites du dépositaire, du mandataire, de celui au profit duquel on fait une reconnaissance de dette ou auquel on donne quittance d'une obligation. De même tous les ordres tacites censés donnés à la femme et aux préposés à certains services, tout aussi bien que les autorisations tacites du tuteur, du maître, de l'esclave et toutes les renonciations tacites aux options au moment où elles viennent de naître au profit de quelqu'une, s'il n'y a disposition contraire de la loi (48).

Faut-il considérer le cas 1^{er} et 4 des « oussoulioums » comme ne rentrant pas dans ces cas de nécessité prévus par le code ? Nous croyons que l'art. 68 nous autorisait à les maintenir (46). La question n'a point d'intérêt pratique sauf pour le cas 1^{er}, et il serait préférable dans le 4^e cas de se ranger à l'opinion des chaféites et de ne permettre cette conjonction qu'entre les nombres ou entre un nombre et une chose faisant habituellement l'objet d'un droit de créance (47).

(45) Ali Haydar, p. 249, 258. Koulliat.

(46) Art. 68 : la notion que l'on acquiert des choses cachées au moyen de leurs manifestations apparentes, tient lieu de la vérité, tr. Morand, p. 489, p. c. alg.

Al-Ta'ati

L'acte juridique en lui-même n'est qu'un moyen d'atteindre des buts divers : vendre, louer, donner etc... Donc chaque fois que ces buts peuvent être réalisés en fait sans mots prononcés, ou bien chaque fois que ces buts se sont trouvés réalisés le législateur musulman envisagera cette réalisation en elle-même, ce fait établi, pour déclarer l'existence d'un acte juridique. Car l'art. 2 et 3 nous disent que dans les *oukoud*, le principal est le but à atteindre, le sens des choses et non leur forme. Donc chaque fois que le législateur se trouvera devant un objet transféré et prix donné, un objet transféré avec certaines circonstances d'où l'on peut présumer qu'il y a donation ou commodat, il n'y a aucune raison de ne pas faire produire à ces faits matériels, toutes les conséquences juridiques qui découleraient de leur vraie nature, sans tenir aucun compte de l'absence de forme. Il y aura présomption du *Rhida* et de *Taradi* puisque le fond et le but sont atteints. Car quand on ne sait pas la vérité sur une chose on s'en tient à la réalité expérielle, art. 68.

Ce mode de manifester une volonté ou un consentement est général à tous les contrats et conventions où il y a transfert d'un corps certain. Les auteurs déclarent, d'après les circonstances particulières, si dans tels cas déterminés, il y a gage, vente, dépôt ou donation. Le fait pris en considération par le législateur, c'est ce fait extérieur, c'est l'acte de fait « *Tassarouf fi'eli* ». Par conséquent, si, par maladresse, les contractants ont employé des formules équivoques, il y aura tout de même lieu à l'appréciation des faits (Voir l'erreur sur la nature des contrats).

Ce mode de contracter suppose toujours un fait produit, d'où l'on peut déduire une intention ; par conséquent, dans tous les actes juridiques où l'intention « le *Ridha* » est indifférent, et où il faut absolument une formule, comme dans les actes irrévocables « *Ikaat et akarir* », c'est-à-dire dans tous les actes où le silence ne peut pas être interprété, ce mode de manifester sa volonté est opérant, ex. : les reconnaissances, divorce, affranchissement, mariage. Le fait de vivre avec une femme n'est pas un mariage, si un contrat n'a pas été formulé au préalable. De même le fait de séparation amiable ne fait jamais présumer le divorce. De même on ne peut jamais tomber dans l'esclavage par le fait d'être sous la dépendance d'un maître pendant plusieurs années, ni s'affranchir par une fuite qui a pu durer très longtemps. Dans tous ces actes on ne peut atteindre le but que par des formes déterminées ; par là on voit la différence vraiment profonde entre le mariage et la vente en droit musulman. Si l'on doit faire une classification rationnelle des actes juridiques, le mariage doit-être compris parmi les actes irrévocables,

CHAPITRE V

La formation de Al-Taradhi

La formation de Al-Taradhi

Le terme Al-Taradhi, que nous avons distingué du terme Ridha, évoque, comme nous l'avons expliqué, l'accord de deux volontés et nous avons désigné par le mot « Ridha » la volonté unilatérale et intérieure donnée de part et d'autre dans un contrat, abstraction faite de la rencontre de ces deux volontés. En réalité le code ottoman ne fait pas cette distinction, mais elle nous a paru importante pour la mise au point de quelques difficultés concernant la partie des vices du consentement.

Nous pouvons définir « Al-Taradhi » par l'accord de l'offre et de l'acceptation sur un objet déterminé et le « Inikade » par l'efficacité au point de vue juridique de « Al-Taradhi » pour le distinguer du cas où Al-Taradhi ne serait point efficace et où il n'en résulterait point un « Inikade » soit par une prescription de la loi, soit par un vice grave atteignant un ridha. L'efficacité juridique d'un Al-Taradhi se traduit par l'Inikade dont l'effet est un contrat « Acd ». Al-Taradhi (qui est cause de l' « Inikade » et de l' « Akde »), se forme de l'accord de l'offre « Ijab » et de l'acceptation « Kaboul », art. 103 et 104 du code ottoman.

L'offre est le mot par lequel on affirme la volonté initiale de procéder à une convention qui en résulterait plus tard, art. 101 du code ottoman.

L'acceptation est le mot par laquelle on affirme la volonté secondaire de concourir à une convention, art. 102 du code ottoman.

Ces définitions ne concernent que les actes ou contrats parfaitement valables, elles n'ont rien de général puisqu'il peut y avoir Al-Taradhi et Inikade sans qu'il y ait une convention parfaite. C'est le cas dans les contrats à options et tous les contrats « Facide » où, d'après la doctrine Hanéfite l'acte existe mais privé d'effet, ce qui l'empêchera d'être parfait ; de même ces définitions peuvent faire croire à premier abord qu'un contrat ne peut point être conclu tacitement, ce qui est faux, il y a des cas nombreux où l'offre et l'acceptation à la fois seront tacites et sans un mot

prononcé pourvu que l'intention des parties se dégage assez clairement des faits et circonstances, c'est le cas des contrats formés par Al ta'ati: *do ut des*.

Nous proposerons donc ces deux définitions suivantes :

L'offre d'un contrat est toute intention, exprimée par des paroles ou présumée par des faits, qui indiquera clairement une volonté initiale de procéder à une convention ou contrat. L'acceptation serait, de même, cette intention explicite ou tacite, qui révélera la deuxième volonté venant s'adjoindre à la première et par laquelle le contrat sera conclu.

Formes de l'offre: L'offre peut être faite verbalement, par écrit, par courrier ou par madataire, etc... En général, elle est faite d'une manière explicite et expressément manifestée. Mais souvent elle sera présumée quand les circonstances où l'on se trouve ne laissent aucun doute, quant à leurs significations extérieures, sur l'intention de la partie qui prend l'initiative d'un contrat.

Formes de l'acceptation: En général, l'acceptation se fait aussi par les mêmes formes et procédés que l'offre. Nous étudierons ici les formes tacites de l'acceptation qui pourront bien entendu être aussi bien applicables à l'offre (49). Néanmoins, nous n'avons pas voulu la rattacher à l'étude de la volonté en général, car cette forme tacite de l'intention ne se rencontre guère qu'en matière des contrats. Pour tout autre acte juridique déclaratif, une manifestation expresse est de rigueur.

Une acceptation tacite peut se présumer par deux indices de natures différentes :

1) *L'indice moral*, ou rationnel. Celui qui découlerait de la logique des choses. Ce sont les cas du silence que nous avons relaté. Puis aussi quelques cas où le silence ne devrait plus s'interpréter d'après les règles générales, mais où toutefois on admet l'acceptation parce qu'il ne peut plus en être autrement rationnellement (50). Ainsi l'offre du cautionné faite à un débiteur n'a pas besoin d'être acceptée par celui-ci, l'acceptation est présumée, car ordinairement il ne peut pas en être autrement, on ne refuse jamais un tel service. Aussi, on présume de la même manière, l'acceptation du délégué quand il est débiteur du délégant. Aussi la reconnaissance faite au profit de quelqu'un ou celle d'une quittance. Dans tous ces contrats l'acceptation est présumée, même s'il n'y a point silence au sens juridique du mot. L'acceptant n'a même pas besoin d'avoir eu connaissance de ces fait et d'avoir gardé le silence; sans volonté expresse contraire, l'acceptation est toujours présumée dans les cas ci-dessus.

L'indice matérielle d'offre et d'acceptation: La réception et la remise de la chose: Dans certains contrats, le désaisissement du propriétaire étant

(49) Citation de M. Morand, projet de code algérien, p. 390 et 392.

(50) P. 451, T. I, Ali-Haydar.

indispensable, soit à la formation, soit à l'efficacité du contrat, il se trouve par contre-coup, que la réception de l'objet du contrat opère acceptation tacite tout autant que sa remise par l'offrant tiendrait lieu quelquefois de l'offre.

Cette réception de la part de l'acceptant n'a même pas besoin d'être faite par autorisation expresse de l'offrant, si la chose est détachée et individuelle. Mais si l'objet n'est pas détaché (fruit de l'arbre, arbre sur terrain) une autorisation est indispensable et, dans ce cas là, cette autorisation et la réception de la part de l'acceptant remplaceront absolument l'offre et l'acceptation.

La réception en cours d'une détention: Avant d'envisager cette hypothèse, nous examinerons sommairement ce qu'on entend par détention en droit musulman. Le mot « Kabdt » signifie une détention matérielle de la chose, c'est la possession en même temps que la détention précaire. Les juristes distinguent deux sortes de Kabdt : le « Kabdt madmoun », la détention à risque, comme celui de l'acheteur, du vendeur avant la livraison, de l'usurpateur et du gagiste. C'est à peu près la possession de droit français, où se trouvent réunis à la fois, le *corpus* et l'*animus*.

Le « Kabdt gaïr madmoun », c'est la détention précaire, les juristes l'appellent le « Kabdt amanat » (la détention d'un dépositaire de bonne foi), où le détenteur ne supporte pas les risques, sans faute de sa part.

C'est la détention du dépositaire et du commodataire.

Il s'agit maintenant de savoir si une personne en cours de détention (*Kabdt*) pourrait, sans désaisissement matériel ou déclaration expresse, changer la nature de sa détention. L'intérêt de la question réside surtout dans les contrats réels où la réception de la chose opère acceptation.

Il est décidé que deux détentions *Kabdt* de même nature sont interchangeables et par conséquent, l'une peut remplacer l'autre sans désaisissement. Ainsi le gagiste peut devenir acheteur, si on lui offre le contrat et qu'il ne manifeste aucune volonté contraire; car détenant la chose déjà à titre d'une détention à risque, en devenant acheteur, il n'y aurait rien de changé. De même un dépositaire peut devenir commodataire par la même détention qui est une détention sans risque.

Maintenant nous allons voir si un contractant qui était déjà détenteur à garantie « ou à risque », usurpateur ou gagiste, peut devenir commodataire ou dépositaire en vertu d'une offre et de sa propre détention? Car s'il peut le devenir, il n'y aurait pas lieu à une acceptation.

Les auteurs Hanafites admettent qu'on peut être relevé d'une garantie par la personne au profit de laquelle elle est établie. La détention à garantie *Kabdt madmoun* est bien plus forte que la détention non garantie *Kabdt gaïr madmoun*, par conséquent le changement dans ce sens est possible sans désaisissement. Par contre une détention non garantie ne pourrait se chan-

ger de même manière en détention à garantie, car la détention déjà existante étant plus faible que celle qui doit avoir lieu, ne saurait la remplacer et par conséquent il faudrait y avoir une acceptation expresse pour opérer le changement (51) de la nature de la détention, autrement dit pour faire un nouveau contrat à l'encontre de la chose qu'on a en main.

(51) Voir possession chez Morand : p. 376, pr. c. al. et surtout p. 125, 126, 127, T. 6 et 147, 148, T. 5, de Al-Kachani.

M. Morand traduit la main ou *Kabdt* « détention » par le mot possession. (Le mot *Kabdt* signifie tantôt réception, tantôt détention. Les juristes n'emploient pas le terme « *Takbide* » ou « *Tasslime* » que très rarement pour désigner la réception. Mais dans les questions nous occupent, Al-Kachani emploie « *Kabdt* » pour désigner la détention. Dans l'art. 553 du projet du code algérien, il est parlé de la détention en général). Pour M. Morand l'*animus* n'est pas nécessaire pour constituer la possession; c'est juste si l'on veut parler du *Kabdt* en général ou « *Iad* ». Mais le « *Kabdt madmoun* » ne peut point être sans *animus*; par exemple : la détention du gagiste qui est chez les Hanafites une possession ou « une main de paiement », la détention de l'usurpateur, de l'acheteur avec un contrat de vente *Facide*, car malgré la nullité de la vente cette nullité se trouve éteinte si la chose vient à périr dans les mains de l'acquéreur, la perte est aux risques de ce dernier. D'ailleurs le *Kabdt madmoun* peut-être de bonne ou de mauvaise foi, cela ne change pas sa nature, il y a le *corpus* et l'*animus*, qu'il soit de bonne foi ou non. Al-Kachani parle de la détention du donataire comme non garantie « *gaïr madmoun* ». C'est illogique et la preuve, c'est qu'après renonciation de la donation, il peut garder la chose comme gagiste, il n'y a aucune disposition qui l'en empêche, ce qui prouve que sa détention est « *Kabdt madmoun* » de même nature que celle du gagiste. Al-Kachani fait un détour pour expliquer le cas où le donataire devient gagiste sans dessaisissement en disant que la détention du gagiste est non garantie quant à la matérialité ou réalité de l'objet. Mais comment se fait-il alors qu'en cas d'une détérioration, sa créance s'éteint à proportion? Il n'y a qu'une échappatoire qui serait plus simple et plus près des solutions Hanafites elles-mêmes, c'est de dire que la détention du donataire est garantie « *Kaled madmoun* » ou à risque la révocabilité des donations par consentement ou par justice ne change rien à cela et la preuve en est que si le donateur usurpe l'objet, il en doit garantie au donataire, art. 865, c. otto. Le risque garantie est donc bien à la charge du donataire du chef de la donation.

Revenant à la question de terminologie nous pouvons dire que dans tous les « *Kabdt madmoun* » il y a à la fois l'*animus* et le *corpus*, car sans l'*animus*, on ne peut pas concevoir la notion de la bonne foi dans une possession. Or, l'art. 856 du c. K. parle des possesseurs de bonne foi, les possesseurs cités par cet article ont tous un « *Kabdt madoun* ». Mais une possession de mauvaise foi peut-être dans les deux *Kabdt* à la fois. A mon idée, il n'y aurait point de grande différence sur ce point entre le droit musulman et le droit français. Nous appellerons possession, tous les *Kabdt madmoun*, y compris le gage vu sa nature en droit hanafite, et détention précaire, les « *Kabdt gaïr madmoun* ». Le détenteur précaire s'il veut se comporter en possesseur deviendra possesseur de mauvaise foi et sa détention deviendra « *Kabdt madmoun* » comme en droit français. Nous pouvons par conséquent nommer tout « *Kabdt madmoun* » possession qu'elle soit de bonne ou de mauvaise foi, et, où il y aurait nécessairement le *corpus* et l'*animus* à la fois.

La séance « Mejlisse » du contrat

Définition du Mejlisse: L'art. 181 du code ottoman, définit le « mejlisse » par « la réunion où il y a lieu le marchandage d'une vente ». Tout contrat a nécessairement un « mejlisse », mais ce n'est point comme le définit l'art. 181 du code ottoman, car la notion du « mejlisse » est bien plus compliquée en doctrine Hanafite. D'une part on y voit un élément matériel compris dans l'espace et à défaut duquel quelquefois le « mejlisse » ne peut pas exister, et d'autre part il y a dans cette notion un élément moral compris dans le temps indépendamment du lieu ; c'est le temps moralement nécessaire à l'échange des consentements et aussi l'absence d'un geste, d'une attitude ou d'un mot indiquant le refus.

Les sources positives du mejlisse: Nous croyons que les Hanafites ont puisé leurs idées dans le Hadis du prophète « le vendeur et l'acheteur ont l'option tant qu'ils ne se sont pas quittés ». L'interprétation du texte a été mieux faite par les Chaféïtes qui l'ont compris à la lettre (52). A mon idée, les Hanafites en ont déduit à *contrario* que si le vendeur et l'acheteur se sont quittés, le marché est conclu définitivement. Mais l'insécurité qui résulterait d'une telle situation soit pour les tiers, soit pour les parties elles-mêmes, les ont conduit à comprendre la proposition « tant qu'ils ne se sont pas quittés » dans un sens figuré, et ainsi ils sont arrivés à admettre qu'après conclusion de la vente, si l'une des parties change la conversation, elle est censée avoir quitté la séance, et par conséquent, il n'y aurait point option, la séance étant le lieu commun aux deux contractants où leurs volontés s'échangent pour produire des effets juridiques. Cette règle dégagée à propos de la vente a été généralisée à tout contrat qui engendre des obligations synallagmatiques.

Le consentement et le mejlisse: Le code ottoman ne dit pas expressément que le consentement des deux parties doivent intervenir dans un seul et même « mejlisse », mais cela ressort de la lecture des articles 181-185. Al-Kachani est plus explicite, il dit que parmi les conditions de validité du contrat de vente, celle qui a rapport au lieu où se conclut l'acte exige que les consentements des parties soient intervenus dans une même séance (53). L'article 183 du code ottoman nous dit que dans une réunion, si après avoir eu l'offre, l'acceptant, le laissant en suspens, se divertit de la conversation par une autre occupation, l'offre devient caduque et l'accepta-

(52) P. 137, T. 5, Al-Kachani; chez Al-Chaléï, l'acceptation doit intervenir immédiatement et peut-être repoussée immédiatement. P. C. alg., p. 390, citation de M. Morand « le droit d'option appelé la séance est le droit inaliénable de rompre un marché conclu et exécuté de part et d'autre, aussi longtemps que les parties ne se sont pas encore séparées.

(53) 137, T. 5, Al-Kasani.

tion intervenue après n'aura point d'effet. Mais l'art. 182 dispose qu'une offre non déjà acceptée peut l'être après un long intervalle de temps dans la même réunion à condition que la séance du contrat ne soit point rompue par une autre occupation ou conversation. Donc tant que dure la séance, l'acceptation intervenue est valable, mais elle ne le serait point dans une autre séance.

Qu'est-ce qu'un mejlisse ? Le mejlisse compris au sens du lieu de contrat, c'est l'unité du lieu où se trouve les deux contractant. C'est ainsi que si les deux contractants discutent en marchant et que l'acceptation intervient un petit moment après l'offre, le mejlisse est censé différent. Mais la solution ne serait pas de même si les deux parties étaient sur un bateau en marche où l'acceptation n'a pas besoin d'intervenir immédiatement après l'offre. On a admis que si les deux contractants étaient bien loin l'un de l'autre, (à une distance telle que l'un puisse entendre distinctement la voix de l'autre), ils seront censés être présents dans une seule séance.

Le mejlisse comme unité de temps, c'est le temps moralement nécessaire qui doit s'écouler entre l'offre et l'acceptation; tant qu'on a pas manifesté aucun geste ou parole d'où l'on peut présumer un refus, la séance est censée continuer. Ce temps peut être très long, comme le prévoit l'art. 182, mais il peut être bien plus long dans les contrats par correspondance ou courrier. D'ailleurs il peut arriver qu'il soit très court, il peut ne comprendre qu'une seconde. Cela arrive si immédiatement après l'offre et sans s'en soucier, l'acceptant demande à boire ou dort subitement et se réveille; le mejlisse étant changé par l'écoulement de quelques secondes son acceptation n'aura pas d'effet. De même si on lui fait l'offre et qu'il se met à table tout de suite après. En un mot tout divertissement si court soit-il peut mettre fin à une séance « mejlisse ». Mais si celui à qui on fait l'offre était déjà en train de manger et qu'il avale une bouchée, ou s'il venait de terminer une prière et qu'il veut continuer les prières complémentaires, la séance continue et ne se rompt point jusqu'à la fin de la prière. Ce qu'il importe, avant tout, c'est l'attention continue, elle peut durer des heures, comme elle peut durer une seconde; il s'agit, pour qu'il y ait unité de « mejlisse » que l'attention ne soit pas divertie et qu'il n'y ait aucun geste qui signifie le refus de l'offre.

L'unité du mejlisse est requise dans tous les contrats engendrant obligations synallagmatiques « nécessaires pour les deux parties » qui ont un caractère d'échange: vente, louage, cautionnement, échange, commandite.

Durée de l'offre. Principe: Dans tous les contrats où l'offre et l'acceptation peuvent intervenir dans deux « mejlisse » différents, l'offre tant qu'elle n'est pas rétractée, dure jusqu'au moment où l'acceptation interviendra.

Au contraire, dans tous les actes où l'unité du « mejlis » est requise, l'offre pure et simple ne dure que pendant la séance, elle ne sera point suspendue de plein droit jusqu'à l'intervention de l'acceptation. L'unité du mejlis n'est point requise dans tous les actes qui n'ont point un caractère d'échange : tous les « Akarir » et tous les actes constitutifs (le mariage étant un contrat assimilé à ces actes) et dans tous les contrats où il n'y a point d'échange : donation, commodat, dépôt, etc...

Une acceptation par intrus « gérant d'affaires », dans tous les cas, tient lieu de l'acceptation de l'intéressé.

Exemple des actes d'échange : Dans la vente l'acceptation doit intervenir dans le même « mejlis » : elle peut être faite par intrus ; l'offre pure et simple devient caduque après le « mejlis », elle ne pourra jamais être faite à terme ou sous condition.

L'offre de répudiation proposé par la femme en contre partie d'une somme d'argent : (la répudiation à prix étant un acte d'échange à l'égard de la femme), l'acceptation du mari, faute d'avoir intervenu dans le même « mejlis », n'a point d'effet. L'offre de la femme ne peut être faite ni à terme, ni sous condition ; il n'y aura donc divorce que si la femme fait l'offre et que le mari l'accepte immédiatement.

La même solution est préconisée en ce qui concerne l'offre de l'esclave, car l'affranchissement à prix d'argent est un acte d'échange, considéré de son côté. Dans les deux cas, l'acceptation d'un intrus dans le même « mejlis », que l'offre de la femme ou de l'esclave validerait l'acte, après ratification du mari ou du maître dans un autre « mejlis ».

Exemples des actes dit « Akarir » : Ces actes n'ayant point besoin d'acceptation pour leur validité, cette acceptation ou le refus d'acceptation peuvent intervenir dans un autre mejlis que celui de l'offre, tel est le cas de reconnaissance d'obligation ou de dette et de toutes les quittances. Mais l'offre ne peut point être faite à terme ou à condition. Car tous ces actes étant déclaratifs, ils recèlent une idée de transfert « Temlik », le « Temlik » devant être toujours pur et simple (Al-Kachani).

Exemples d'actes de non échange : Dans tous les contrats gratuits : donation, commodat, dépôt, l'offre de cautionnement à un débiteur, l'offre de mandat ; l'acceptation peut intervenir dans un autre mejlis que celui de l'offre. L'offre peut être faite à terme ou à condition, sauf l'offre de donation (54).

La solution est la même dans les « oukouâts » qui ont un caractère pécuniaire : l'offre de répudiation faite par le mari à sa femme et l'offre

(54) Car les donations sont des actes de transfert « Temlik ».

d'émancipation faite à un esclave; ces actes malgré leurs caractères pécuniaires sont considérés de la part de celui qui les accomplit : (mari, maître), comme des actes de non échange. Nous avons vu une application de cette idée dans la simulation.

Dans tous ces actes, l'offre reste en suspens jusqu'à l'intervention de l'acceptation, par conséquent, elle peut être à terme ou à condition (55).

(55) Nous n'avons pas parlé du contrat de mariage, car la nature de ce contrat doit être précisé en droit musulman. M. Morand croit que le contrat de mariage en droit musulman est un contrat de vente. Cette méprise vient de ce que vraiment tous les auteurs, et non seulement ceux de la doctrine malékite, parlent du contrat du mariage comme étant un contrat d'échange « Akdt mouâouada ». Mais de cette affirmation à considérer dans le contrat de mariage en droit musulman est une vraie vente, où la dot constituerait le prix et la femme l'objet, il y a une grande distance qu'on ne peut franchir par des affirmations catégoriques.

L'origine de la méprise vient de ce que le Coran parle du « ajr » ce que les Chérites ont traduit par loyer et en ont déduit la validité des mariages à termes. Les docteurs orthodoxes en ont compris un sens de « récompense pécunière ». Le mot « ajr » n'évoque point le sens du prix en argent, le coran emploie le mot pour désigner aussi la récompense morale.

Le prophète a autorisé le mariage d'un indigent n'ayant même pas « un anneau en fer » en lui imposant l'obligation d'apprendre à sa femme un morceau du coran. La dot et le divorce sont quelque peu la sanction de la supériorité de l'homme sur la femme.

Le fait que le contrat de mariage ait été assimilé au contrat de vente provient non pas de l'esprit du droit musulman, mais du manque de méthode chez les juristes. La plupart de leurs classifications des cas juridiques n'ont aucune valeur générale, elles répondent à un besoin immédiat. Les juristes n'ayant point voulu voir un caractère religieux dans le contrat de mariage l'ont rejeté parmi les contrats ordinaires. Mais cela provient de la confusion des 2 notions droit et religion. Si donc nous devons faire une analyse des principes généraux et des croyances des Musulmans, nous devrions dire que le contrat de mariage est comme l'aumône, traitée aussi par les juristes, un contrat de droit humain (où le caractère divin est prépondérant). (Voir les classif. des oblig.). Et la preuve c'est que à l'unanimité, ils considèrent le mariage en cas de nécessité, préférable au pèlerinage. En tout cas et à tout point de vue l'offre et l'acceptation de mariage considérés séparément sont assimilables à tous les Y Kaat actes unilatéraux irrévocables : voir la violence, le dol et les règles du « mejlisse ».

Voyons maintenant et d'après le droit Musulman que l'on veut interpréter, la différence vraiment profonde entre la vente et le mariage.

1° Le *consentement* : la vente n'est valable que si le consentement est donné réellement dans un « mejlisse ». Si un intrus déclare avoir vendu tel objet appartenant à telle ou telle autre personne et que ceux-ci ratifient, il n'y aurait point de vente. Abou-Youssouf a validé un mariage contracté dans les mêmes conditions.

2° La *volonté sérieuse* : la vente n'est valable que si elle est consentie sérieusement, néanmoins on a admis la validité de la simulation. En mariage c'est la volonté apparente et la forme qui comptent, point d'effet aux actes cachés.

Les dispositions du code ottoman : Le code a disposé dans les articles 181-185, sur la matière du mejlis dans les contrats de vente. L'article 434 en fait l'application en matière de louage. Les articles 841, 844 disposent qu'en matière de donation, l'acceptation peut intervenir dans un autre mejlis que celui de l'offre. Nous devons considérer que les dispositions des Hanafites ne sont point abrogées par le code, puisque celui-ci n'a disposé qu'en matière patrimoniale contractuelle.

Les contrats et conventions par correspondance

La présence des deux parties, l'une en face de l'autre n'est point nécessaire pour conclure un contrat ; l'on peut consigner sa volonté dans une lettre ou charger une personne de la rapporter à l'autre partie. La possibilité est même plus large ici ; tandis que en matière de représentation une

3° La vente à reméré est admise. En mariage, la femme ne serait pas libre des liens matrimoniaux en restituant la dote.

4° Les vices du consentement sont cause d'annulabilité « Khiair » : option dans les contrats de vente et non en mariage. Le mariage par dol, erreur ou violence est valable.

5° L'offre et l'acceptation de la vente doivent intervenir dans un même « mejlis » cela n'est point nécessaire en mariage.

6° Les vices rédhibitoires donnent une option à l'acheteur et non au vendeur. En mariage l'option appartient aux deux époux. Si le mari ne veut pas divorcer, il s'adresse au cadi pour faire établir les vices et récupérer la moitié de la dot. La femme peut s'adresser au cadi qui prononcera le divorce.

7° L'erreur substantielle est cause d'option dans la vente et non du mariage.

9° La lésion-dolosive s'apprécie du côté vendeur et acheteur, en mariage la simple lésion est cause d'annulabilité au profit de la femme et de sa famille.

9° Le vendeur ne peut pas imposer à l'acheteur une certaine manière d'usage. En mariage le mari ne peut recourir aux exercices malthusianistes qu'avec le consentement de la femme.

10° La donation de l'objet ou le prix de la vente avant tradition comporte annulation de la vente, ce ne sont point des donations, tandis que la donation de sa dot, fait par la femme à son mari, n'empêche point les effets du mariage.

11° Enfin l'objet acheté peut-être donné en gage, en prêt à usage, en échange, le contrat de mariage ne donne point ces droits au mari sur la personne de sa femme.

12° La possession par l'effet d'une vente est une possession de la chose « Mulku al ain » elle n'est donnée qu'à l'acheteur. En mariage il y a 2 possessions, celle du mari et celle de la femme. Ce n'est point une possession réelle, c'est la possession de la licéité des rapports conjugaux « Mulku Hilli il mutâa ». On peut énumérer à l'infini les différences foncières qui existent dans le droit M. de toutes les écoles entre le contrat de vente et le contrat de mariage. Tant d'exceptions ne peuvent provenir que d'une différence de nature.

(Voir p. 113, 127, traité de droit musulman, par le Doyen Morand.

seule personne ne pouvait dans le même acte, représenter les deux parties à la fois, une personne intermédiaire par contre pourrait se charger de la transmission des deux consentements. Car celles-ci n'émanent point de lui elles sont la manifestation spontanée des désirs et intérêts des personnes elles-mêmes. Tous les actes juridiques peuvent être accomplis par correspondance ou courrier, le mariage et le divorce y compris (56). En ce qui concerne le « mejlis » des actes par correspondance ou courrier, toute distinction entre acte d'échange ou de non échange est inutile. Le mejlis est réputé fictivement le moment où le courrier transmet l'offre. On peut donc retirer une offre faite avant que l'acceptation ne soit intervenue et cela même à l'insu du courrier chargé de porter les paroles de l'offrant. Inversement, le mandat continuerait à lier le mandant tant que la nouvelle de la destitution n'est pas parvenue au mandataire. Néanmoins, une offre à terme ou conditionnelle peut être faite dans les actes où cela est possible. On peut distinguer trois situations différentes :

1) l'émetteur de l'offre pure et simple le maintient jusqu'à son arrivée chez le destinataire : le contrat sera conclu par l'acceptation s'il n'y a point de réponse à donner.

2) l'offre nécessite une réponse. Dans ces conditions, le contrat est conclu au moment de l'apposition du sceau sur la lettre d'acceptation ou plus exactement au moment de sa transmission au courrier, que ce soit une réponse verbale ou écrite.

3) l'acceptation n'est point pure et simple, alors il n'y a rien de fait, c'est une deuxième offre.

L'offre devient-elle caduque par la mort de son émetteur ? Certainement car c'est une promesse et qu'une *promesse pure* ne lie jamais son émetteur ; même de son vivant l'acte juridique n'a d'existence qu'après l'acceptation, si l'auteur de l'offre est toujours capable de donner son consentement, et s'il ne l'a point retracté explicitement ou tacitement ; or un mort n'a point de volonté pour maintenir une promesse et à plus forte raison pour s'engager.

La mort de l'acceptant, une fois l'acceptation donnée, n'a point d'effet sur la formation du contrat, le bénéfice de cette convention sera transmis à ses héritiers.

(56) P. 138, T. 5, Al-Kachani.

(57) P. 319, 320, T. I, Kulliat Ali-Haydar.

DEUXIEME PARTIE

Les vices du consentement

Façadoul Ridha

La matière des vices du consentement n'est pas traitée à part par les juristes. Ils consacrent pourtant un chapitre à la violence en parlant des incapables, classement inspiré par les « oussoulioums ». Les livres de jurisprudence ne font point de mention spéciale au dol ou à l'erreur, toutes la réglementation qui les concernent se trouve énoncée à l'occasion des contrats et d'une manière fragmentaire. Pourtant il ne s'agit point des règles particulières à tel ou tel contrat, mais des véritables règles d'application générale. Le prophète dans une Hadis avait dit: « Dieu a relevé mon peuple de la violence, de l'oubli et de l'erreur », en raison de quoi les juristes donnent une option « annulabilité » à la partie qui a contracté sous l'empire d'un vice du consentement. Mais comme nous le disons, ils ne consacrent un chapitre spécial qu'à la violence, sans doute sous l'influence de la méthode suivie par Abou-Hanifa. De plus, quand ils parlent des options, c'est toujours à l'occasion de la vente et ils font une distinction très nette entre les cas de la vente avec option et les cas où elle est « facide » et « Batile ». Par conséquent, les vices du consentement dans les actes où l'on est admis à s'en prévaloir donnent une annulabilité, au point de vue théorique, à peu près la même qu'en droit français.

(58) P. 282, T. II, Nihayet el Soul et voir p. 202, 219, T. 4, Al Kasf de la condition qui est cause.

(59) Art. 1514: Si une personne donne à autrui une somme d'argent avec l'ordre de payer une dette et que cette personne vienne à mourir, celui qui est chargé du paiement doit restituer la somme aux héritiers et non au créancier.

(60) P. 282, T. 4, Al-Kasf.

CHAPITRE I

La Violence Définition et Classification

La violence chez les « oussoulioun »

Définition: exercer une violence, c'est d'obliger quelqu'un à faire ce qu'il n'aurait point fait sans l'intervention de la personne qui l'y oblige. Les Chaféïtes la définissent ainsi: « l'acte que l'homme commet par l'intimidation d'autrui, sans Ridha et avec un libre arbitre vicié (61) est un acte commis par violence ».

La violence et la force majeure: Les juristes eux-mêmes, dans les traités de jurisprudence ne parlent point des cas de force majeure. Mais il est certain que les ouçoulioums ont distingué le cas où la violence devient force majeure « Ilja'e » et empêche par conséquent la naissance de l'obligation (car une force majeure empêche la capacité de jouissance « *ahe-lyetule woujoub* », l'obligation contractée sous la violence « *Ilja'e* » serait « *Batil* ») (62), du cas où la violence serait simplement vice du consentement, ce qui est le « *Ikrah* » ou violence proprement dit. Celui-ci à son tour sera déterminant ou non déterminant.

Et ainsi ils clasent la violence d'après son caractère de gravité, selon qu'elle vicie plus ou moins la liberté, en trois classes:

1) Le *Ilja'e*: c'est la violence qui rendrait l'exécution de l'acte nécessaire. Elle abolit entièrement la liberté et le consentement; l'acte accompli cesse d'être un acte volontaire, il devient un acte nécessaire. Il en est ainsi toutes les fois que l'homme devient un pur agent matériel de l'auteur

(61) P. 323, T. I, Nihayet el Soul.

(62) P. 322, T. I, Nihayet el Soul.

Violence force majeure: c'est le cas où il n'est point possible de ne pas commettre l'acte, c'est comme le cas de celui qu'on laisse tomber d'une hauteur, il n'a point de liberté de ne pas tomber, aucun acte ne lui sera imputé, il est comme le couteau dans la main de celui qui coupe, son acte est comme le tremblement d'une main. (P. 322, T. I. al-Kasf,

de la violence, et aussi en cas de menaces dont l'exécution porterait atteinte à la vie ou à l'intégrité physique de la personne (si les menaces actuelles et si la violence qu'on craint, doit arriver immédiatement, car la conservation de la vie est un instinct tellement enraciné qu'il est impossible d'y résister ; des menaces pour plus tard ne constituent point un cas de violence « Ilja'e »).

2) La violence qui abolit le Ridha, mais non la liberté. Ainsi en est-il des violences sus-indiquées lorsqu'elles ne font naître qu'une crainte de réalisation dans l'avenir ; le Ridha est vicié, mais le libre arbitre existe, puisqu'il y a un choix.

3) La violence qui vicie simplement le Ridha sans l'abolir, elle consiste dans les menaces dirigées contre les proches parents ou contre les biens (63).

Le Code ottoman et la jurisprudence Hanafite

Le code dans l'article 948 définit la violence par : l'obligation imposée à quelqu'un illégalement et au moyen des menaces de faire ce qu'il n'aurait point fait par son consentement.

Classification de la violence : l'art. 1007 (64) distingue deux sortes de violence, une déterminante et l'autre non déterminante (*Ikrah mulji*, *Ikrah gaïr mulji*). Les Hanafites les appellent : *Ikrah Kamel*, violence totale, *Ikrah nakisse*, violence partielle (65). D'ailleurs la terminologie du code est empruntée elle aussi aux « oussoulioums ». Ce qui est à remarquer, c'est que ni le code, ni les juristes Hanafites n'ont fait la distinction entre la force majeure et la violence. Il est vrai que si la violence a le caractère d'une force majeure, elle doit empêcher rationnellement et d'après les « oussoulioums » la naissance même de l'obligation. Le contrat devrait être *Batil* et non à option simplement. Il est probable que s'ils n'ont point laissé s'infiltrer ce cas de la science de « oussoul », c'est par l'influence d'un principe général d'Abou-Hanifa dont nous avons vu et dont nous verrons maintes applications (66). L'appréciation de la force majeure étant souvent impossible, l'acte accompli par une violence abolissant la liberté même serait traité comme un acte accompli sous des menaces. Pourtant la doctrine aurait dû admettre la distinction tripartite des oussoulioums.

(63) P. 383, T. 4, al-Kasf.

(64) Cette distinction faite par le code est illogique. Le code ottoman n'a disposé qu'en matière des contrats où toute violence est cause d'annulabilité. Les Hanafites font leurs classifications parce qu'ils traitent de tous les actes juridiques et de droit pénal, c'est une inconséquence du code.

(65) P. 175, T. 7, Al-Kachani.

(66) L'acte qui réunit ses conditions de validité extérieure est tenu pour valable.

soulioums, rien que pour les actes irrévocables. Nous verrons que ceux-ci ne sont point annulables pour vice de violence totale ni même pour Ilja'e. Le cas de violence engendrant force majeure et abolissant même la liberté étant compris dans la violence totale, le divorce prononcé dans ces conditions serait valable. Mais alors que reste-t-il du Hadis du prophète? Les Chaféïtes exigent une volonté libre et consciente pour la validité de tout acte juridique, ils sont bien plus conformes sur cette question à la volonté du prophète que les auteurs Hanafites. Mais il ne faut pas croire que l'intérêt de la classification de la violence est purement théorique. Il est vrai que le code ottoman aurait pu ne considérer la violence que sous son angle subjectif, pour décider qu'elle constitue un vice de consentement *toutes les fois qu'elle a été la raison déterminante de l'obligation*. Mais pour l'ensemble de droit musulman, il est très important au point de vue de recours contre l'auteur de la violence, au point de vue des pénalités, de savoir la nature de cette violence exercée. Ainsi au point de vue pénal, la violence partielle n'est point prise en considération, tandis qu'en matière contractuelle, toute violence vicierait le consentement.

La violence totale: Ikrah mulji: C'est celle qui oblige nécessairement à commettre l'acte demandé sous la pression de la crainte. L'art. 949 ne prévoit que le cas où la violence est en voie d'exécution mais on pourrait déduire de l'art. 948 que les menaces ou la crainte de réalisation doivent aussi constituer l'*Ikrah mulji*, s'ils se rapportent aux cas prévus par l'art. 949. Ce qui constitue le caractère déterminant de cette violence, c'est l'objet auquel elle s'attaque, la vie ou l'intégrité physique de la personne, par exemple, l'amputation d'un membre, la crevaisson d'un œil, la flagellation violente, ou la prison perpétuelle.

Le code ne prévoit pas non plus, si pour constituer cette violence, les maux précités devraient s'adresser à la personne même ou aussi bien à elle qu'à ses proches parents. D'après Al-Zaylaï, toute menace même d'un mal considérable et toute exécution de ces menaces du moment qu'elles ne s'adressent pas directement à la personne prise en considération, ne devraient constituer qu'une violence partielle. Mais les auteurs décident en sens contraire, étant donné qu'il est un devoir de droit divin de protéger, son père, sa mère, sa femme et tous ses proches parents; ils en concluent qu'une violence partielle exercée sur ces personnes constituent un cas de violence paritelle pour la personne qui s'est obligée en vue d'épargner ce mal à ses parents; à plus forte raison on doit en décider ainsi en matière de violence totale. Remarquons que les atteintes aux biens ne constituent une violence totale que s'il s'agissait de tous les biens. D'après certains auteurs, toute atteinte assez considérable constituerait une vio-

lence totale, car la réparation de ces dommages est assez difficile (67), art. 949, 1^{er} alinéa.

La violence partielle « Ikrah gair mulji » : C'est la violence constituée par les menaces ou actes d'exécution qui n'ont pas le caractère de gravité de la violence totale, ainsi la *flagellation* légère, la *prison* temporaire, les injures et enfin tout ce qui constitue une *douleur* ou *gêne passagère* (68). On a égard dans l'appréciation de cette violence à la personne, à sa condition sociale, à sa constitution physique, à son honorabilité. Ainsi pour un *cadi* ou un *notable*, une injure ou un coup de bâton constituent une violence, ce qui ne le serait pas s'il s'agissait d'un homme du peuple ou d'une personne n'ayant pas la même situation sociale (69, 70).

(67) P. 28, T. 9, Ali-Haydar.

D'après l'auteur de Rad-Muhtar si les menaces concernant tous les biens, ce n'est qu'une violence partielle.

D'autres juristes: s'il lui dit, tu me vendras ta maison ou je la donnerai à ton ennemi; s'il la vend, il l'aurait vendue avec violence. Ali-Haydar.

Cet exemple est hors de propos, il est évident que même si la violence est partielle, la vente serait annulable, art. 1006. L'intérêt de la question apparaît en cas de recours contre l'auteur de la violence dans les cas divorce ou affranchissement. Ici le recours n'est admis que si la violence est totale. D'après cette deuxième opinion, s'il lui dit d'affranchir son esclave sinon il donnerait sa maison à un ennemi et que le maître affranchit l'esclave, il aura un recours pour le prix. Mais d'après l'unanimité, cette violence étant partielle, il n'aura point de recours. (Voir aussi p. 26, 32, T. 9, Ali-Haydar.

(68) P. 384, T. 4, Al-Kasf.

(69) P. 30, 31, T. 9, Ali-Haydar, citation de Kahistani de Zaylaï, du fatawa Radu muhtar.

(70) L'intérêt de la classification des oussoulioun est moins apparente en droit privé qu'en matière religion. Au point de vue de jugement de l'acte humain, le « Ilja'e » des oussoulioun a une très grande importance. La force majeure déterminant nécessairement l'accomplissement de l'acte, on ne saurait point le juger ou lui attribuer un qualificatif; elle empêche la naissance de toute obligation divine. Ainsi, tandis qu'un meurtre par violence totale serait « défendu » obligeant le meurtrier au « Kaffara », c'est-à-dire au repentir actif, le meurtre par Ilja'e ne serait point un meurtre, du moins cela devrait être la solution logique si on devait appliquer l'adage du prophète. Les juristes Hanafites en matière de droit humain ou de droit humain mixte ont entièrement assimilé le « Ilja'e » à la violence totale. D'après leurs solutions l'Ilja'e n'aura qu'un champ d'application très minime en matière de droit divin pur. C'est ainsi comme nous le verrons, si on est obligé à boire du vin par violence totale, la boisson devient obligation wajibe. Si on en boit pas et on se laisse tuer, on commet un péché, si on en boit pour écarter la violence on en est récompensé. Tout ceci n'aura point lieu s'il y a « Ilja'e », l'acte est une fatalité pure. (Voir, p. 383, T. 4, Al Kasf et p. 323, T. I, Nihayet el soul.

Conditions de la violence

Pour qu'on puisse parler de violence et la sanctionner juridiquement, il faut la réunion de quatre conditions :

1) Il faut que l'auteur des menaces soit capable de les réaliser, art. 1003 du code ottoman, car il est évident que les menaces d'une personne non qualifiée pour les exercer sont des divagations et non violence. Abou-Hanifa exigeait que l'auteur de la violence soit un « Sultan » (71), car disait-il, contre lui, il n'y a point de recours, on n'a pu vraiment pas faire autrement, que d'accomplir l'acte. Abou-Youssef et Mohamed n'exigeaient point cette condition, il suffit d'après eux que la personne qui menace puisse réaliser le mal qui a fait naître la crainte dans l'esprit du contractant. D'ailleurs, il n'est point nécessaire que l'auteur de la violence soit majeur ou sain d'esprit, un mineur ou un faible d'esprit n'en est pas moins capable d'exercer une violence.

2) Il faut une crainte réelle engendrée dans l'esprit du contractant et non un soupçon ou une appréhension vague, art. 1004 du code ottoman. Les juristes précisent que la crainte doit provenir d'une « *ferme conviction* », car la ferme conviction est une preuve, quand on ne peut arriver à savoir la vérité sur une chose (72). Il n'y aurait donc point de violence nonobstant toutes les menaces possibles, s'il n'y a eu *ferme conviction* qu'elles seront réalisées. Aussi bien il y aurait violence, s'il y a eu ferme conviction d'un mal bien qu'il n'y a point eu de menaces formulées.

3) Les menaces ou les actes de violence doivent avoir le caractère de gravité relaté dans l'art. 949, 1^{er} et 2^e alinéa. Les menaces ou violences exercées contre les tiers, la crainte révérentielle, les menaces d'insultes et ainsi que l'exercice légal de tous les moyens de droit ne constituent pas des cas de violence (73).

(71) Toute personne qui détient un pouvoir légal.

(72) P. 176, T. 7, Al Kachani.

(73) P. 176, T. 9, Ali-Haydar.

L'auteur cite parmi les moyens de droit une décision de jurisprudence d'après laquelle le mari qui menacerait sa femme de divorce, ou d'un deuxième mariage de concubinage, ou qui la battrait pour la décider à lui faire donation de sa dot, ne serait point censé exercer une violence (*fatawa aboul-soûd*). Cette décision va à l'encontre de l'esprit de droit musulman. Al Kachani (T. 2, p. 274, 275) cite parmi les motifs de l'obligation de la dot, le respect de la femme libre et la nécessité d'un sacrifice du mari en contre partie du respect que lui doit la femme, et surtout pour imposer au mari la gravité d'une rudesse de sa part, qui conduirait au divorce. Ainsi en cas d'un mariage où il n'y a eu qu'une dot indéterminée, la femme pourra contraindre le mari à s'exécuter en justice.

Il est très intéressant de remarquer ces transformations subies par le droit musulman, par l'intermédiaire des auteurs très récents qui sont allés à l'encontre des principes et de l'esprit de la législation. Cette décision est contredite par un autre arrêt de fatwa aukarauey cité aussi par l'auteur, p. 156, T. 7, à l'occasion de l'art. 860, d'après lequel l'aumône et les donations doivent être consenties librement.

4) Il faut que la violence soit cause déterminante à l'acte auquel on cède par violence. Car si elle n'en était point cause déterminante, l'acte ne manquerait pas son « Rukn » condition essentielle qui est le consentement libre « Ridha », par conséquent l'acte serait accompli librement.

La violence à l'abstention: Pour que la violence constitue un vice du consentement et un délit civil, il faudrait qu'elle s'adresse à une abstention de la personne intimidée. Cette abstention peut être d'intérêt personnel; en général, on s'abstient de tout ce qui causerait un dommage à nos personnes ou à nos biens. Mais elle peut aussi être obligatoire, c'est en premier lieu tout ce qui lèse les intérêts d'autrui, toute atteinte aux biens ou aux personnes; ou bien elle peut être d'ordre purement religieux, tous les actes défendus par le législateur: boire le vin, commettre l'adultère, etc... Donc toute menace ou violence actuelle qui aurait pour objet de troubler cette abstention, ou toute alternative où se trouverait une personne sous la pression de la violence de troubler cette abstention ou de faire un acte juridique, donnerait lieu selon les cas à l'option de violence ou à un recours contre celui qui en était la cause. Quelquefois cette abstention est purement volontaire, c'est-à-dire se rapportant à des actes n'engageant ni la responsabilité (civile, pénale, ou divine) de son auteur et ne causant aucun dommage à autrui (74). L'abstention doit être effective, c'est-à-dire que la personne intimidée ne l'aurait vraiment point troublée sans la pression exercée; ainsi si on oblige un buveur du vin (avant son repentir) à contracter ou à boire du vin, il n'y a point violence; son contrat est valable (75).

L'abstention illicite: Quelquefois l'abstention de la personne, objet de violence, est illicite. Etant tenue par la loi à certaines obligations, elles peuvent être mises dans l'alternative d'une menace ou faire l'objet direct de violence, sans donner l'option dans le premier cas et sans engager la responsabilité de l'auteur de la violence dans le deuxième cas. La loi ne saurait déclarer illicite une violence qui aurait pour effet direct l'exécution d'une de ses prescriptions (75).

C'est ce qui met en lumière le caractère illicite de la violence quand elle donne lieu soit à une option, soit à un recours contre son auteur. C'est

(74) S'il lui dit sous pression de violence: « ou bien tu feras du mal à telle personne, ou à sa propriété, ou bien tu dois vendre ta maison ». Il vendra et il aura l'option.

Mais s'il lui dit: « tu boiras cette eau, ou tu vendras ta vigne à cet homme » et qu'il la vende, il n'aurait point l'option, sauf si l'eau ne lui appartient pas ou que la vie de celui auquel elle appartient en dépend. Tahtawy, p. 177, T. 9, Ali-Haydar.

(75) P. 178, T. 9, Ali-Haydar, fatawa Aboul-Söüd.

(76) Fatwa Hindyé chapitre Ikrah. (Voir 178, 179, T. 9, Ali-Haydar et 386, T. 4, Al-Kasf.

l'idée que la mise en action des moyens de droit ne peuvent jamais constituer une violence, même dans les cas où ils seraient cause déterminante à un engagement et qu'ils vicieraient réellement le consentement, le *Ridha*. En règle générale, on peut obliger quelqu'un, même sans autorité légale, à faire tout ce qui est obligatoire et l'empêcher de tout ce qui *est défendu par le législateur* (77).

Bien que les auteurs hanafites, suivis en cela par Ali-Haydar, dans son traité du code ottoman, traitent pêle-mêle de la violence en droit civil et en droit pénal, y joignant des appréciations sur les qualifications au point de vue religieux des actes juridiques et actes de fait commis par violence, nous nous contentons d'un exposé de principe et de quelques cas et exemples.

Nous avons vu la classification des actes juridiques en déclaratif ou constitutif. En règle générale, la violence est vice du consentement dans tous les cas où la simulation est admise et valable; elle ne l'est point dans tous les actes où la simulation et la plaisanterie n'empêchent point l'acte apparent de devenir définitif (78).

La violence dans les actes irrévocables

Le divorce, l'affranchissement pur et simple ou conditionnel, etc.. (79), ne sont point viciés pour violence. L'acte accompli est définitif; c'est pour quoi on appellent ces actes « oukouat » pour désigner qu'une fois prononcés, ils ne peuvent plus être rétractés (80), ni annulés (le contrat de mariage est à ce point de vue assimilable à ces actes).

Le divorce: Que la violence soit totale ou partielle, le divorce prononcé est valable, car le « *Ridha* » n'est point nécessaire pour la validité d'un tel acte; la preuve en est qu'il arrive que l'homme divorce, pour cause de

(77) Ordonner ce qui est juste et empêcher tout ce qui est injuste et péché est un des devoirs du musulman. Mais on ne saurait admettre qu'en présence d'un pouvoir légalement constitué, le musulman soit obligé de par la loi, divine, à faire la police des mœurs ou de la circulation comme les Wahabites tendent à interpréter ce passage, on tomberait dans l'anarchie complète. Malgré les décisions jurisprudentielles des auteurs, nous ne croyons pas que les choses se passaient ainsi sous l'empire des premiers Kalifs.

(78) P. 188, T. 9, Ali-Haydar.

(79) Le divorce non définitif, le pardon, le vœu, le serment.

(80) En général, les actes de ce genre sont les « oukouat » ou « Ikaât », mais en plus nous avons le mariage qui est un contrat et l'affranchissement à prix ou le divorce à prix qui sont considérés de la part de la partie qui les subit comme des contrats, mais cela ne change point leur nature.

discorde ou de légèreté de sa part, tout en le faisant à regret (81). Ces dispositions concernent toutes les variétés du divorce (82).

L'affranchissement: L'affranchissement est aussi un acte formulaire. Toutes ses variétés sont valables malgré la violence totale ou partielle (83) et (84).

Le mariage: Bien que le mariage soit un contrat et qu'on l'ait appelé acte d'échange (Akdt mouâouada), qualification juridiquement fausse à notre avis, il n'est point vicié pour cause de violence. En général, du côté du mari, il est définitif, sauf en ce qui concerne la dot. Si celle-ci est exagérée, il peut demander à la ramener à un taux équitable. Quant à la femme, elle a toujours deux options; une pour sanctionner la détermination d'une dot au taux habituel de sa famille ou de son clan, et la deuxième

(81) Les Chaféïtes restent fidèles au Hadis du prophète ci-devant relaté, « j'ai pardonné à mon peuple l'oubli, l'erreur et ce à quoi ils ont été contraints par violence ».

(82) Une des variétés de divorce, est l'emploi des termes déclarant avec solennité l'intention de considérer sa femme comme un « mahram », c'est-à-dire une personne avec laquelle tout rapport sexuel constitue l'inceste. Ce divorce ne fait pas relâcher les liens conjugaux, seulement les rapports intimes sont désormais défendus, à moins d'un rachat par jeune ou aumône (Kaffara) après quoi les conjoints peuvent reprendre leurs rapports intimes sans avoir besoin d'une deuxième célébration du mariage. C'est ce qu'on appelle « Zihar ».

Une deuxième variété, c'est le désaveu de paternité simple ou aggravé d'accusation en justice d'adultère. Cette deuxième supposition peut-être soit de la part de la femme, soit de la part du mari. Elle intervient quand la femme accuse le mari d'adultère ou quand l'homme désavoue un enfant. La partie mise en cause peut demander la comparaison en justice avec l'autre partie pour entendre prononcer une formule condamnatoire devant Dieu — aforisme — faite par l'accusateur contre lui-même si l'accusation est mensongère, elle répliquera par la même formule invoquant aussi la malédiction divine si l'accusation est juste. Le cadi se borne à entendre ces accusations sans prononcer les peines prévues de l'adultère, ni celles prévues contre l'accusation mal fondée de l'adultère. Les juristes ne sont pas d'accord sur les effets de cette procédure qu'on appelle (Liân) (malédiction réciproque), les uns prétendent qu'elle opère divorce de plein droit, les autres se bornent à exiger du cadi, la prononciation du divorce. Un acte qui ressemble par ses effets au divorce, c'est le « Rajâa », c'est la déclaration par le mari, après divorce simple, qui est une sorte de séparation de corps, de reprendre sa femme; celle-ci ne peut s'y dérober, sauf si cette séparation a duré 4 mois. Tout rapport intime fait présumer la reprise du mariage, l'homme ne devra, dans ce cas, qu'une « Kaffara ». En général tous ces actes sont assimilés au serment soit dans leurs effets en droit humain, soit quant aux sanctions en droit divin.

(83) L'affranchissement peut-être simple et sans équivalence. Il peut être fait aussi à condition que l'esclave paie par son travail son prix de rachat. L'affranchissement ne serait pas moins définitif. Malgré le recours que le maître peut avoir contre l'auteur de la violence, le patronage de l'affranchi lui resterait acquis.

(84) Tous les autres actes irrévocables, pardon d'une composition ou peine, serment, vœu, sont identiques quant à leur validité malgré la violence.

pour sanctionner l'inégalité de la condition sociale du mari, d'avec sa propre condition sociale, si elle a contracté par l'effet de la violence.

La violence à l'effet de donner mandat pour l'accomplissement de ces actes : Un point reste en doute, le contrat de mandat étant un acte révocable comme la vente, tous les actes sus-nommés doivent être nuls si le mandat à l'effet de les accomplir avait été extorqué par violence. Les Hanafites soutiennent que le mandat emprunte les caractères généraux de l'acte juridique pour lequel il est donné ; ils admettent par conséquent qu'un acte irrévocable puisse être accompli valablement, par un mandat dont l'auteur n'y a consenti que par violence ; en doctrine chaféite la violence constitue toujours, même dans les actes irrévocables constitutifs, un vice de consentement donnant lieu à l'option.

Le recours en indemnité contre l'auteur de la violence à l'effet d'accomplir un acte irrévocable constitutif : les juristes distinguent les cas de la violence totale et de la violence partielle. Le recours n'est donné qu'en cas de violence totale et si l'auteur de la violence a exigé la prononciation pure et simple des formules Si au contraire, cette prononciation sous violence a été faite avec condition, on distingue le cas où la condition est casuelle du cas où elle ne l'est pas, c'est-à-dire où elle devrait absolument arriver soit par l'auteur de ces actes, soit pour toute autre cause. Dans le premier cas, point de recours contre l'auteur de la violence, sauf s'il a manœuvré pour la réalisation de la condition ; si au contraire la condition s'est réalisée par une cause étrangère ou par l'auteur de l'acte, il ne saurait y avoir aucun recours (86). Mais si la condition doit arriver infailliblement ou si la partie contractante ne peut empêcher sa réalisation sans courir le risque de mort, il aurait un recours contre l'auteur de la violence, pour indemnité (87).

La violence dans les actes déclaratifs irrévocables

Les reconnaissances ou les quittances sont des témoignages contre soi-même (88) par conséquent, quelle que soit la nature de l'obligation et de l'acte reconnu, ou dont on tient l'autre partie pour quitte, la violence même partielle, les rendrait nuls *Batil*, car un acte déclaratif a sa cause

(86) Art. 89, 92, code ottoman. C'est l'idée de l'imputation de l'acte à sa cause et non à son motif.

(87) C'est par exemple quand il a été forcé de dire à son esclave : tu seras libre quand je mangerai ou quand je boirai ou quand je ferai mes prières. Il est évident que ces conditions sont des termes qui doivent absolument arriver.

(88) P. 190, T. 7, Al-Kachani.

dans la liberté et le Ridha de celui qui le fait. La violence annihile cette liberté qui est un « Rukn » de l'acte, il est donc tenu pour inexistant s'il n'y a un deuxième Ridha donné librement (89).

La violence dans les actes révocables

Tous les contrats et conventions sont viciés par la violence de quelque degré qu'elle soit. Tandis que par violence partielle, dans les actes irrévocables, la partie est censée donner son consentement, ici toute pression ayant le caractère de gravité relatée par l'art. 949, constitue un vice du consentement, que l'acte soit à échange ou de non échange. La seule différence entre les actes gratuits et les actes onéreux c'est que si ceux-ci sont exécutés après la cessation de la violence ; cette exécution constitue une confirmation tacite. Au contraire, la donation n'est valable que si la tradition et le consentement ont eu lieu à la fois sans violence. Cette particularité pourra être généralisée à tous les actes gratuits et à tous les actes onéreux (90) et (91).

(89) P. 190, T. 7, Al-Kachani : s'il a reconnu une chose à une personne et la lui donne, s'il la reprend après la violence et veut la redonner une deuxième fois à la personne sus-indiquée, cette deuxième reconnaissance n'est valable que si l'auteur de la violence n'est point à leur proximité.

C'est donc que la première tradition est entachée de nullité absolue.

(90) P. 189, T. 7, Al-Kachani. L'auteur ne parle que de la vente qui est le type des actes onéreux « à échange » et de la donation comme type des actes gratuits « à non échange » ni le code ni al-Kachani ne parlent d'autre contrat. Mais il n'y a pas de doute que cette distinction n'est point spéciale seulement à la vente et aux donations. Si le mandat de vendre a été extorqué par violence et que le mandataire s'exécute, la partie représentée peut s'il ne veut point ratifier le actes du mandataire, prétendre qu'il a agi dans la nécessité de la violence et réclamer les objets vendus (fatwa Ali-affendi). Voir p. 218, T. 9, Ali-Haydar.

Si un voleur oblige quelqu'un à prendre en dépôt un objet volé et que le dépositaire le garde après la violence, il n'en serait due aucune garantie contre le dépositaire si l'objet vient à périr (Ankaravy, Hamouy). Le même cas est prévu par les fatwa hindy avec une certaine appréciation de la violence. (Voir p. 216, 217, T. 9, Ali-Haydar.

Aussi pour la remise du retrait d'indivision (droit gratuit quant à sa naissance) consentie par violence et remise après (Abdul Halim). Voir 217, T. 9, même auteur.

(91) La violence par des voies de fait n'est prise en considération que s'il s'agit de violence totale. L'auteur de ces actes pourra se retourner contre l'auteur de la violence par un recours en indemnité. S'il s'agit au contraire de violence partielle, le Ridha n'étant que simplement vicié, il n'y aurait point de recours. En matière de qualification des actes, la violence totale excuse toutes les défenses ou obligations de droit divin pur, elle les rend même obligatoires, car il ne faut point laisser consommer la violence d'où résulterait un mal considérable.

Le caractère de la nullité pour violence: Les Chaféïtes qui n'ont que deux nullités, l'une « Batil » l'autre « l'option » ou annulabilité, qui n'est admise chez eux que d'une manière restrictive, appellent l'acte nul pour violence « Batil ».

Chez les Hanafites, la violence ne rend l'acte « Batil » que s'il est déclaratif; pour tout autre acte, où la violence est admise comme vice, ils emploient le terme « faqid ».

Quant aux actes d'échange, la nullité est plus ou moins énergique :

1^{er} cas : une seule partie a conclu sous la pression de la violence. Ce contrat avant son exécution et dans les rapports des parties entre elles est « Fâcide » (92), chacune des deux peut le révoquer même celui qui n'a point contracté sous violence;

2^o cas : il y a eu exécution pendant la violence. Logiquement, on devrait déclarer le contrat nul et donner à chacune d'elle l'option de l'annuler. Mais il n'en est point ainsi, il n'y a que la partie qui a contracté pendant la violence qui a l'option.

3^o cas : exécution après la violence; c'est une confirmation tacite.

4^o cas : si les deux parties ont contracté et exécuté pendant la violence, elles auront chacune une option indépendante de l'option de l'autre.

La différence entre l'option de violence et le « Faqid » : pour com-

La violence partielle les rend excusable, mais n'empêche point la peine édictée s'il y en a lieu.

En ce qui concerne le blasphème, la violence le rend excusable. Mais celui qui résiste jusqu'à sa mort même, en est récompensé; ce qui prouve que la violence n'éteignait pas cette obligation. La même solution est adoptée en ce qui concerne les dommages à ses propres biens. Celui qui résiste à la violence pour défendre ses biens ou les biens d'autrui, et jusqu'à la consommation de la violence, en est récompensé. Mais tout ce qui concerne l'atteinte, la vie d'autrui ou l'adultère n'est même pas excusable par violence totale, sauf pour la femme. (Voir détail p. 175, 182, T. 7. Al-Kachani et 395, 401, T. 4, Al-Kasf.

(92) Malgré ce terme employé, il ne s'agit point d'un « Faqid » proprement dit, à analyser ce cas, il n'y aurait que 2 options cumulées au profit des 2 parties à la fois. Embarrassé de ce terme qu'il emploie généralement pour désigner l'annulabilité pour violence, Al-Kachani traite de la différence entre « le faqid de la vente » et le « faqid de la violence », ce qui prouve que quand l'acte peut-être vicié simplement pour violence, il s'agit d'une annulabilité et non d'un faqid. Les actes gratuits et les actes déclaratifs (Aakarir) sont « Batil », ils ne sauraient entrer dans les difficultés. Restent les actes d'échange, on pourrait dire que tant qu'ils ne sont pas exécutés, ils sont viciés pour cause de violence et chacune des 2 parties a une option. L'exécution fait perdre cette option, mais si elle a eu lieu pendant la violence, l'option subsiste au profit de la partie qui a contracté sous violence. Quant aux raisons pour lesquelles on ne donne point l'option à la partie adverse qui a exécuté pourtant sous la violence, c'est un résultat qui découle des principes. (Voir l'abstention illicite.)

prendre cette différence, il faut se rapporter à la définition de l'acte « *facide* ». Celui-ci, par définition, aurait conduit au but juridique envisagé par lui, s'il n'y avait le défaut d'une condition de validité (Chartul Souhat) (93).

La différence d'après Al-Cachani, c'est que le « *façad* » d'un contrat à échange provient toujours de l'objet du contrat, tandis que dans les contrats par violence, le défaut provient du côté du « *Ridha* » de la partie (94); par conséquent, tandis que dans les contrats « *facid* » la transformation, le transfert définitif, ou la destruction de l'objet mettraient fin à la *façad* et n'empêcheraient point le contrat de produire tous ses effets, sous indemnité; dans les contrats par violence, l'option subsiste et passe aux héritiers et suit la chose elle-même, ou bien sa valeur réelle, malgré toute les transactions dont la chose a été l'objet. L'option de violence ferait annuler tous les contrats de vente successifs pour récupérer l'objet individuellement, il n'en serait réclamé le prix ou la différence du prix qu'en cas de sa perte pour cause juridique (elle a été par exemple l'objet de quelque acte irrévocable) ou le cas de perte matérielle ou transformation (95). Par contre, un contrat *Facid* ne pourra jamais être confirmé, parce qu'il est contraire à l'ordre public (ce que le droit musulman appelle « le droit du législateur ») (96).

La violence à l'effet de donner mandat pour l'accomplissement des actes révocables: le mandat extorqué par violence emprunte nous avons vu

(93) Qu'il ne faut point confondre avec le *Rukn* condition essentielle à défaut duquel l'acte est « *Batil* » inexistant.

(94) P. 187, T. 7, Al-Kachani.

(95) Tahtavy, Rad-Muhtar, cit. Ali-Haydar, P. 198, T. 9.

(96) Il y a 4 différences entre la vente *Facid* et la vente avec option de violence.

1° La vente *Facid* ne peut point être confirmée par consentement d'une ou des 2 parties, la vente avec option pourra l'être.

2° Une deuxième vente, tout négoce irrévocable ou la destruction matérielle de l'objet de la vente « *Facid* », rendrait le contrat inattaquable, sauf indemnité s'il y a lieu.

La vente avec option ne donne lieu à indemnité que si l'objet a péri ou s'il a été l'objet d'acte irrévocable. Tout acte révocable, par lequel la propriété ou la possession de l'objet a passé à un tiers, est révocable pour cause de violence.

3° La partie qui a vendu sous pression de violence quand elle réclamera le prix de l'objet peut demander ou bien son prix le jour de la violence, ou bien son prix le jour de sa destruction, sa transformation ou son indisponibilité juridique.

Dans une vente « *Facid* » on se place au jour du contrat pour apprécier sa valeur, s'il vient à périr par la faute de l'acheteur.

4° Le prix ou l'objet d'une vente par violence est un dépôt entre les mains de la partie qui a contracté avec violence. Donc, la perte du prix ou de l'objet survenu sans faute n'engagerait point sa responsabilité.

Dans une vente « *Facid* » les risques sont transférés, la destruction de la chose rend le contrat définitif. P. 198, 200, T. 9, Ali-Haydar.

la nature l'acte pour lequel il est donné, par conséquent une violence partielle à l'effet de donner mandat de vendre ou d'acheter constitue un vice et donne lieu à l'option de violence.

Une seule particularité subsiste, c'est que la personne qui a donné mandat par violence ne pourra avoir recours contre l'auteur de la violence que si celle-ci était totale.

En cas d'une violence partielle, le recours est donné contre le mandataire ou contre l'autre partie si elle a été convaincue de mauvaise foi. La raison de cette distinction c'est que les juristes assimilent, la violence à l'effet de donner mandat de faire un acte de transfert, à un acte de destruction (97), par conséquent même si le mandataire était lui-même menacé par une violence partielle, il ne devrait point exécuter le mandat; à plus forte raison quand il a été libre de l'accepter ou de la refuser. On arrive à ce résultat que l'auteur de la violence ne devrait garantir de la chose que s'il a, par violence totale, obligé une personne à donner mandat à une autre. Cependant le mandataire lui-même peut être actionné indifféremment en cas de violence totale ou partielle. La partie avec laquelle le mandataire a passé le contrat n'en serait tenu responsable qu'en cas de violence partielle et de mauvaise foi. Tous ces résultats assez différents du cas où l'intimidé a passé lui-même le contrat, ne peuvent s'expliquer que par l'assimilation ci-dessus indiquée des juristes Hanafites et par les règles générales sur l'imputabilité des actes en général (98).

La violence et l'usurpation: un mot sur la différence de la possession acquise par contrat annulable pour cause de violence et celle engendrée par l'usurpation.

L'usurpateur a toujours une possession de mauvaise foi, art. 891. L'usurpateur ayant une vraie possession un *Kabdt madmoun*, pourra accomplir tout acte translatif valablement, il ne devrait que la valeur de la chose, le tiers qui a contracté avec lui acquiert définitivement l'objet. Tel n'est pas le cas en matière de violence. La possession de la partie qui a contracté librement n'est assimilée à la possession de mauvaise foi que quant à la garantie; à part cela elle n'a point une possession pouvant donner lieu à des actes translatifs. L'usurpateur est toujours obligé de rendre la chose elle-même; si elle a subi des améliorations, le vrai propriétaire pourra en payant la plus value, reprendre sa chose. Que décider

(97) P. 189, T. 7, Al-Cachani.

Cette particularité n'est relatée que pour le mandat de vendre, mais les termes employés par l'auteur nous font présumer sa généralité. Un mandat de vendre est une cause de la perte de la possession, or toute perte de la possession étant une destruction virtuelle, par conséquent l'auteur de la violence devra garantir.

(98) Les mêmes solutions se trouvent dans fatava Hindyé et Radu muhtar, p. 218, T. 9, Ali-Haydar.

en cas de possession par contrat vicié par violence? Tous les auteurs assimilent la partie qui a contracté librement, tous en sachant que l'autre partie ne l'était pas, à l' « usurpateur de l'usurpateur », c'est-à-dire qu'ils le considèrent comme un ayant cause de l'auteur de la violence. Mais que décider s'il a ignoré le vice du contrat auquel il adhère? On peut à la rigueur maintenir la même solution que tout à l'heure, en ce qui concerne les actes translatifs, car les tiers eux-mêmes n'y sont pas protégés par la bonne foi. Mais les améliorations apportées à l'objet sont-elles assimilées à la perte de la chose en cas de bonne foi de la partie possédant et tdevarit-on, dans tous les cas, assimiler cette partie à « l'usurpateur de l'usurpateur » ? Les auteurs n'ont rien prévu, mais la solution serait la même que celle de l'art. 898 et par conséquent il n'y a que la perte de la chose, sa transformation complète, ou son indisponibilité par par acte juridique irrévocable, qui pourrait mettre fin à l'action en revendication de la partie dont le consentement a été vicié (99).

(99) Sur la violence comme délit civil, voir p. 178, 179, T. 7, Al-Kachani, et p. 386, 395, T. 4, Al-Kasf. En général, les auteurs font une distinction entre les actes où l'on est susceptible d'être un instrument pour autrui, et les actes où l'on ne peut pas l'être.

La responsabilité de l'auteur de la violence est engagée quand il y a eu violence totale et dans les 2 cas.

Si la violence est partielle, il n'y a responsabilité que si l'on peut y être l'instrument d'autrui ou si l'acte est révocable. Dans toutes les voies de fait, on peut être l'instrument d'autrui, par contre, dans tous les actes juridiques on ne peut pas être l'instrument d'autrui.

L'intérêt du recours se restreint à la matière des actes irrévocables s'ils ont un caractère pécunier, et pour toutes les voies de fait accomplies par violence.

Quant aux cotnrats et aux reconnaissances, l'option d'une part et la nullité d'autre part, protègent assez la partie contractante. D'ailleurs en matière des contrats, il y a toujours 2 recours, l'un contre l'auteur de la violence, et l'autre contre la partie qui a profité du contrat.

CHAPITRE II

Le Dol

Pour comprendre l'esprit et le sens de toutes les réglementations concernant le dol, il faut se rapporter au principe de l'imputabilité juridique en droit musulman, que nous avons développé dans l'introduction (100).

Le dol et le consentement: Le dol n'est érigé comme vice du consentement que dans certains contrats de bonne foi. Mais les ouçoulioums parlent aussi du dol à l'occasion de l'erreur; d'où nous pouvons conclure naturellement que le dol donne aussi lieu à rescision quand il se trouve aggravé d'une erreur engendrée dans l'esprit de la partie trompée, que ce soit une erreur matérielle ou une erreur de droit, telle qu'elle est comprise en droit musulman (101).

Mais à part ces deux hypothèses, si le dol n'infirme jamais un acte juridique (102), c'est qu'il n'abolit jamais la liberté. Il n'est point

(100) Art. 89, 90, 92, 93, c. otto.

(101) L'erreur de droit déduite du principe d'Abou-Hanifa « une obligation qui découlera d'un fait, ne peut incomber à la charge d'une partie qui ne l'a pas connue », comprend non seulement l'erreur de législation, mais aussi cette idée qu'un droit ne peut s'éteindre avant que sa connaissance ne soit parvenue à la personne qui pourra l'exercer.

(102) L'erreur de droit infirme le contrat parce qu'elle s'attaque à sa cause. En principe, le motif n'a aucune influence sur l'obligation et par conséquent ni le dol, ni l'erreur sur le motif ne devraient constituer des vices du consentement. Pourtant dans l'interprétation de l'art. 443, du c. otto. « tout ce qui empêche l'exécution du contrat de louage donne lieu à son annulation », la jurisprudence interprète cet empêchement d'une manière très large. Ici tous les motifs constituent en quelque sorte des causes apparentes et par conséquent toute erreur sur un motif, si l'exécution du louage serait onéreuse, donne lieu à annulation, de même que le changement ou l'absence de ce motif. Par conséquent, un dol sur le motif donnerait lieu aussi à l'annulation. Cette particularité concerne seulement le contrat de louage, car la nature de ce contrat est un peu différente de celle que lui reconnaît le droit français. D'après le juriste Chourayh, le louage est comme le commodat un contrat non nécessaire, chacune des parties a le droit d'y mettre fin. Cette opinion n'a pas été acceptée, mais on en trouve une trace dans la jurisprudence. Al-Kachani dit que c'est un contrat où l'Inikade intervient immédiatement après l'offre et l'acceptation. par conséquent c'est un contrat nécessaire, mais le louage étant réputé contrat

semblable à l'erreur et à la violence dont les effets sont irrésistibles; l'homme doit s'attendre toujours à être trompé; s'il contracte sous l'empire du dol, c'est une faute de diligence de sa part. D'un autre point de vue, il n'y a aucune relation directe entre les manœuvres dolosives et l'acte. Celles-ci constituent le motif et non la cause de l'obligation et nous avons vu que les actes s'imputent à leur cause et non à leurs motifs.

Le dol et la lésion: le dol aggravé de *lésion énorme* constitue un vice du consentement dans tous les actes d'échange révocable. Le dol ici est réputé cause directe de l'obligation contractée, par conséquent, le contrat étant son effet, la partie contractante, peut s'en prévaloir pour résilier son engagement pour s'éviter le dommage, art. 20, 27, 30 du code ottoman.

Définition du dol vice du consentement: c'est toutes réticences, mensonges ou manœuvres qui ont pour effet de surprendre la *bonne foi*, d'engendrer une erreur grave, ou de déterminer à contracter avec *lésion énorme*.

Le dol dans les actes gratuits ou de « non échange » révocable

Dans les contrats de bienfaisance, le dol se pratique généralement pour tromper sur la personne. Dans ces cas là, l'engagement ne peut être que « Facide » et non point à option, car une erreur de cette nature se confond avec « l'ignorance énorme » qui est cause d'inexistence dans les contrats.

En ce qui concerne le dol sur le motif, qui se confond ici avec la cause, il en serait de même, l'engagement est « Facid », art. 98, 99 (103). Mais

successif (non seulement dans son exécution comme en droit français), les choses se passent comme s'il y avait une infinité de contrats de vente qui n'auront pas d'existence ou dont l'existence est différée à l'exécution. Il y a un illogisme dans cette explication, comment se fait-il que la formation du contrat existe avant le contrat lui-même? Nous n'insistons pas dans ces explications, mais le fait acquis, c'est que même après avoir donné son consentement à un louage, une partie peut s'en défaire s'il survient un fait qui rendrait l'exécution sans cause ou très onéreuse. (Voir Perron, p. 600, T. 4, sur la doctrine malékite). Mais la doctrine Hanafite est bien plus large en ce qui concerne la possibilité de résiliation du louage. (Voir p. 105, III, f. 2, Ali-Haydar).

(103) Ces 2 articles concernent les obligations en général, ce sont des vraies généralités dont ce que nous venons de dire peut s'en déduire. C'est de l'art. 99 que les juristes déduisent l'inefficacité du divorce prononcé dans la dernière maladie en vue de frustrer la femme de l'héritage du mari. L'art. 98 s'applique aussi en notre matière, en ce sens que, puisque la cause réelle de l'obligation n'a pas existé en ce qui concerne la chose donnée, celle-ci ne saurait être « un objet donné » puisque la cause y manque. Par contre « elle serait parfaitement un objet en dépôt » puisque le transport et la possession existent, (Voir p. 353, 356, Koulliat Ali Haydar).

que décider si le dol intervient du fait d'un tiers. Dans l'erreur sur la personne il n'y a point de doute, le contrat est « Facid » car l'ignorance de la personne ou de l'objet sont cause de nullité à l'unanimité des juristes. Quant à l'erreur sur la cause nous savons, qu'en principe, elle est cause de nullité, mais les causes réelles dans les contrats étant toujours des chasses cachées, il serait fait une distinction : si c'est le tiers qui a commis le dol, l'engagement est parfait, si c'est au contraire la partie qui profite du contrat qui a trompé, il serait fait application de l'art. 99.

Mais il peut arriver que le dol soit commis par la partie qui veut se dépouiller au profit de l'autre. La chose n'est pas impossible. Dans ces conditions, la personne gratifiée, si elle souffre du dommage peut se retourner contre son gratifiant, mais à condition que le dommage soit l'effet direct du contrat et non simplement une suite ou effet indirect (104).

Le dol dans les contrats onéreux ou « d'échange » révocable

Dans ces contrats, le dol n'est pas réprimé en tant que tromperie, il ne sera cause d'annulation que s'il est aggravé de lésion énorme. Il n'y a que les contrats où la bonne foi est stipulée, même tacitement, que le dol constitue un vice de consentement.

Les juristes et les commentateurs du code ne parlent que des ventes de bonne foi, mais il est certain que l'annulation pour cause du dol n'est point spéciale au contrat de vente, on peut décider que les articles 30, 31 doivent recevoir une application dans cette matière. Les dispositions concernant la vente ne sont ni des exceptions ni des cas isolés. Les juristes et le code ont ce fâcheux système de ne raisonner que sur des contrats types. La cause de l'annulabilité pour dol, c'est le respect dû à la bonne foi. Donc nous pourrions dire que toutes les fois que le dol surprend la bonne foi, dans un acte d'échange, il en serait décidé comme en acte de vente.

Les ventes de bonne foi : en général, un contrat de vente se conclut après marchandage entre vendeur et acheteur. Dans ces conditions, la partie n'a qu'à prendre garde à elle-même, le dol ne saurait empêcher le contrat d'être efficace et nécessaire. Mais il arrive que l'acheteur donne son consentement en se fiant à la bonne foi du vendeur, sans marchan-

(104) Si une personne donne à une autre personne une esclave qui ne lui appartient pas ; si après avoir conçu un enfant du gratifié, son vrai maître se présente, il réclamera le dommage au père et non au donateur.

La même solution est admise dans le cas où une personne conseille un mariage avec une femme qu'elle sait être esclave, sans faire connaître cette situation au mari. Des cas analogues sont prévus avec les mêmes solutions dans les donations de mauvaise foi d'objets périssables. (Voir p. 178, T. 4, Al-Kasf.)

dage. C'est souvent quand le vendeur déclare un prix, le prix d'achat ou l'évaluation de l'objet, en le majorant ou en le diminuant selon les cas. L'acheteur s'engage sur la parole donnée du vendeur. La bonne foi étant stipulée tacitement, tout mensonge ou réticence sur une particularité du prix originaire constitue un dol et partant un vice du consentement; car le *Ridha* n'a été donné qu'à la condition sous entendue que la déclaraiton soit véridique. Le dol est assimilé parfaitement à une condition défailante. Ceci se rencontre dans les cas suivants:

1° La vente à gain « *al mourabaha* ». — Le vendeur déclare son prix d'achat ou l'estimation juste de la chose si elle est parvenue par donation ou héritage; et convient avec l'acheteur d'une somme déterminée constituant son gain.

2° La vente subrogative « *al-Tawlia* ». — C'est la vente par laquelle le vendeur subroge l'acheteur dans tout ou une fraction de ses droits de propriété sur la chose.

3° La vente à rabais « *al-Mouada'a* ». — C'est le cas où le vendeur se contente d'un prix de vente moindre que son prix d'achat ou du prix estimé de la chose vendue.

La nature de ces variétés de vente: Dans toutes ces ventes, la bonne foi du vendeur est condition nécessaire à leur efficacité, elle est naturellement présumée jusqu'à preuve contraire. Mais à la découverte du dol, l'acheteur recouvre son entière liberté, il peut résilier ou ratifier à son gré. Le vendeur n'a même pas la faculté d'invoquer la nullité, faculté qui est donnée à la partie qui a profité de la violence exercée sur l'autre partie, car par l'effet de cette vente, il lui doit garantie. L'art. 100 du code ottoman ne lui permettra pas de demander la résiliation, si la partie trompée entend maintenir le contrat. Le défaut de la bonne foi agit à l'instar d'un vice caché (105).

Elément du dol: Tout d'abord, l'ignorance totale du gain, de la perte ou du prix originaire est non point cause d'option, mais cause d'inexistence (106) par application des art. 237, 238 du code ottoman. Par conséquent si le vendeur a acquis la chose par échange, il ne peut la vendre en « *mourabaha* » sans en faire l'estimation à défaut de laquelle la vente n'est point parfaite (107). Par contre, l'unité d'espèce entre le prix et le gain n'est point condition nécessaire (108). Ce qu'il importe après la détermination du prix, c'est l'exactitude et la véracité de la déclaration et par

(105) P. 225, T. 5, *Al-Kachami*.

(106) Voir 1003 et pages suivantes, T. I, *Ali Haydar*. Toutes les citations rapportées par l'auteur emploient le terme « non parfait » pour désigner ces cas. Ce terme ne doit pas nous induire à conclure à l'existence d'une simple option. Les juristes l'emploient aussi pour désigner le contrat *Facid*.

(107) *Radu muhtar*.

(108) *Fatava hindya*, Ch. 14, T. vente,

conséquent il n'est point nécessaire qu'il y ait eu mensonges ; une simple réticence sur une particularité du prix ou du mode d'acquisition de la chose suffit pour constituer le dol.

L'option de dol : Dans la vente subrogative, l'acheteur ne peut que ramener son prix d'achat aux prix réel. Quant aux deux autres variétés de ventes de bonne foi, il a l'option soit de résilier, soit de ratifier ; il ne peut plus réclamer la différence ou opérer la diminution par sa seule volonté. Cette option s'éteint par la mort de l'acheteur ou par la perte ou transformation de l'objet ; car cette faculté est un droit abstrait dont aucune fraction de l'objet ou du prix n'est l'équivalent (109 et 110).

Le dol dans les actes irrévocables

Tous les actes qui ne sont point susceptibles d'annulation pour cause de violence, ne peuvent être annulés pour dol. De plus, ces actes étant des « Tassarrufat Kaoulia », leurs causes étant les paroles prononcées, l'auteur du dol sera à l'abri de l'action en recours, il sera simplement le motif du dommage et non point la cause qui en est l'acte lui-même. La situation est la même qu'en cas de violence partielle, pour les actes où on

(109) Radu muhtar.

(110) Les auteurs sont loin d'être unanimes sur le point de savoir quels sont les droits que donnent l'option de dol. Abou-Hanifa ne donne la faculté de résilier que dans la vente à gain, et la faculté de diminuer le prix, sans résiliation possible, que dans la vente subrogative.

D'après Abou-Youssouf, la vente avec dol est toujours nécessaire, la partie trompée n'aura qu'un recours pour récupérer le surplus frauduleusement déclaré par le vendeur.

Mohamed soutient qu'une telle vente est différée à la véracité de la déclaration. Le manquement à la bonne foi agit à l'instar d'une condition défaillante. Dans toutes ces variétés de vente, par conséquent, l'acheteur aura dans les 2 cas, la faculté de résilier, mais non de diminuer le prix. C'est aussi d'ailleurs l'opinion de Al-Chaféï de Malek et de Ahmed ibn Hambel. Pour un autre jurisconsulte toutes ces variétés de vente sont défendues, mais les écoles orthodoxes les ont admises à l'unanimité. (Voir 78, Al-Mizan, T. 2, et p. 200, T. 1, Rahmatul-Umma). I. 225, T. 5, Al-Kachani. Les commentateurs du code parlent de ces variétés de vente, mais à tort nous croyons. Le code n'a rien prévu. L'option du dol ne serait donc point une option légale comme en droit Hanafite. Il faudrait donc sous l'empire du code faire des stipulations expresses pour faire naître cette option, car on ne sait si le code a voulu les négliger, les prohiber ou les laisser à la diligence des parties. Les art. 101, 166, consacrés aux définitions n'en parlent point.

ne peut point être l'instrument d'autrui (III). Ainsi, ni l'aveu, ni la reconnaissance de dettes ne sont pas infirmés pour dol ; à moins que ces actes ne soient faits contre équivalent, auquel cas ils seront traités comme la vente, c'est-à-dire en acte d'échange ; ainsi : la remise d'une obligation contre équivalent, bien que traitée comme acte déclaratif irrévocable, sera néanmoins révocable pour dol. De même une reconnaissance de dette, en vue d'un avantage non payé par la suite, fait de cette reconnaissance un acte plaisanté et de nul effet, puisqu'il ne répond pas au but envisagé par lui à cause du dol. Quant aux actes irrévocables constitutifs (divorce, affranchissement), ils sont absolument irrévocables. C'est ainsi que si la femme promet à son mari une somme d'argent à condiiton de la répudier et qu'il la répudie, il n'aura plus qu'une action en vue de récupérer la somme promise. En aucun cas il ne pourra arguer de l'intention dolosive de la femme pour annuler le divorce prononcé par lui. La solution identique est prévue en ce qui concerne l'affranchissement de l'esclave.

(III) Si une personne trompe une autre et lui dit émanipe cet esclave et que celui-ci l'émancipe, sans savoir qu'il lui appartient, l'émancipation est valable, et aucun recours contre l'auteur du dol. Si le vendeur d'un esclave, après la vente et avant tradition, dit à l'acheteur : émancipe mon esclave et que l'acheteur se croyant mandataire, tandis qu'il est en réalité propriétaire, l'émancipation prononcée par l'acheteur est valable.

Un faux témoignage sur divorce, s'il vient à être rétracté plus tard par le faux témoin, ne peut ni infirmer le divorce, ni faire naître une action en dommage. D'après Al-Chaféi, p. 165, 168, T. I, Al-Kasf.

CHAPITRE III

La Lésion

En principe, la lésion n'est point cause de rescision, car chacun des deux contractants croit avoir fait une bonne affaire, sans quoi tout échange serait impossible. Mais la lésion peut être cause d'annulabilité au profit de certaines personnes. Les art. 308 et 441 prévoient : le premier, le cas où un bien appartenant à un incapable, ou un bien habous est vendu par le tuteur avec lésion énorme, et le second, le cas où un de ces bien loué avec un taux inférieur au taux courant et décident que cette vente et ce louage peuvent être annulés pour cause de lésion (112).

Quant au partage, l'art 1160 prévoit le cas où il est fait avec lésion énorme, même au profit d'une personne capable. Al-Kachani dit que le partage ne peut jamais être définitif tant qu'un des copartageants n'a pas reçu sa part en entier, car dans ce cas, les copartageants resteront toujours dans l'indivision dans les parties de la chose qui correspondent à celle qui a été frustrée à l'un d'eux (113), mais une demande en partage subsidiaire ne sera reçue qu'après production des preuves décisives (114).

La lésion s'apprécie aussi bien à la vente qu'à l'achat, art. 356 c. otto.

Le taux de la lésion : le taux de la lésion admis par les Hanafites est :

(112) Une des règles particulières aux biens habous c'est que les louages qui les concernent peuvent toujours être annulés si le taux de loyer vient à s'élever. Dans l'adjudication des locaux à louer, il est toujours admis qu'une surenchère sur surenchère peut avoir lieu, si elle est motivée et si vraiment tel est le taux normal, mais non pour nuire simplement au premier surenchérisseur.

(113) P. 26, T. 7, Al-Kachani.

(114) En mariage, la lésion, comme l'égalité des conditions sociales est édictée en faveur de la femme et de sa famille; une femme majeure peut se marier même à un non égal à condition d'exiger la dot habituellement exigée par ses égales sinon ses parents seront recevables à intenter une action en annulation, car un tel mariage peut nuire à leur renommée. De même une mineure, si elle a été mariée avec une dot moindre que celle habituellement réclamée par la famille peut exiger à sa majorité le complément de la dot. P. 322, T. 2, Al-Kachani.

le 1/5 pour les immeubles, le 1/10 pour les animaux, la moitié du dixième pour les meubles non fongibles « Aroudt » et le quart du dixième pour la monnaie. Toute lésion qui dépasse ces taux est une lésion énorme, art. 165 du code ottoman. Ces taux seront aussi applicables en matière de lésion dolosive.

La lésion en matière de habous et des biens des mineurs n'est point un vice de consentement. Tous les contrats entachés de lésion, s'ils étaient faits pour le compte des incapables sont « Facid ». D'après certains auteurs cette nullité est relative et se couvre même par la possession « Kabdt » de la partie qui en profite. Les commentateurs du code ottoman se sont rangés à la première opinion (115).

La lésion dolosive

Le dol et la lésion, considérés séparément, ne donnent lieu à annulation que dans les cas que nous avons étudiés. Mais il y aura lieu à une option toutes les fois que les manœuvres dolosives auront entraîné une partie à contracter avec lésion énorme. Ce cas constitue un vrai vice du consentement. Du point de vue causalité, la lésion serait vraiment l'effet direct du dol. C'est le dol qui serait la cause du dommage dont le contrat ou le consentement de la partie victime n'est que le motif. Une lésion simple même énorme, ne vicie point le consentement. D'après Abou-Iousouf, le fait d'acheter trop bon marché et de vendre très cher n'est même pas « haïssable ». Les mêmes dispositions se retrouvent dans l'art. 356 du code ottoman. Quant au dol isolé, nous avons vu qu'il est aussi considéré par les juristes comme sans effet quant à la validité d'un acte ou d'un contrat. C'est seulement leur réunion qui constitue le vice donnant lieu à option.

Le dol: Le dol doit émaner d'une partie contractante, le dol d'un tiers est indifférent et sans aucun effet (117), cela s'explique par les principes généraux. Mais, les courtiers et intermédiaires ne sont point assimilés

(115) Ali-Haydar emploie le terme « Batil ». A ses dires, ces actes seront « Facid », d'après quelques auteurs hanafites. Nous croyons que l'emploi de ces termes par l'auteur est inexact et en contradiction avec les définitions des art. 109, 110, c. otto.

(116) Voir chez les Malékites, c. K. art. 36-65. Pour les détails chez les Hanafites, p. 183-201. T. 5, Al-Kachani.

(117) Si un acheteur achète un bien par le moyen du dol et en lésant son vendeur, si un ayant droit au retrait se présente et se fait céder le marché, le premier vendeur n'aura aucun recours contre le retrayant, car ce n'est point celui-ci qui l'a trompé, mais c'est son premier acheteur (Raddu-Muhtar).

au tiers en cette matière, il suffit d'une tromperie d'un courtier à l'encontre de l'autre pour faire naître l'option (118). Par contre, le premier vendeur est toujours tenu pour un tiers dans son contrat qui a pour objet la chose qu'il a vendue (118).

La lésion: La lésion énorme dont il s'agit ici est la même que nous avons vu et aux mêmes taux

L'option du dol-lésion: cette option est donnée à la partie lésée à fin de résilier le contrat, mais non pas pour réclamer une diminution du prix. Art. 357 du code ottoman. Cette option est personnelle. Comme l'option de bonne foi, elle s'éteint par la mort de la partie trompée, mais non par la mort de l'auteur du dol.

L'extinction de l'option: comme toutes les options elle s'éteint par ratification après découverte du dol ou par renonciation expresse (119), ou tacite ou par la perte et transformation de la chose. Il n'y a qu'au cas où la perte ou la transformation sont partielles que l'acheteur peut réclamer une diminution du prix; il pourra alors restituer ce qui reste de l'objet et faire ventilation du prix avec la fraction perdue de la chose.

Champ d'application de l'option: bien qu'énoncée à l'occasion de la vente, elle sera applicable à tous les contrats d'échange. Le code n'a rien prévu au cas de lésion dans les contrats de louage, mais il est impossible de dire qu'une lésion dolosive n'est point cause d'annulation dans les louages, vu la nature de ce contrat chez les Hanafites et le code ottoman (120).

(118) P. 999, T. I, Ali-Haydar.

(118) Si le vendeur dit à son acheteur sans s'engager: « vends cette chose, tu n'y perdras pas » et que l'acheteur la vende avec perte, il ne pourra pas se retourner contre son vendeur (Bazazyé). Ali Haydar, p. 1000, T. I.

(119) Les renonciations tacites sont les *actes de propriétaires* accomplis par l'acheteur; les simples actes de détenteur, même après la découverte du dol ne sont point des renonciations.

(120) Le recours contre l'auteur du dol est souvent impossible en droit hanafite en ce qui concerne tous les actes irrévocables, 1 Kaat, les Oussoulioun posent comme règle générale que tout ce qui n'est pas pécuniaire ne peut avoir comme contre partie, dans les cas de réparation, un prix calculé en argent. Tous les actes, comme mariage, divorce, affranchissement, pardon d'un meurtre ont un caractère extra pécuniaire et par conséquent un dol à l'occasion ou qui occasionne ces actes ne pourra être réparé. Le « dtamanil idouan », la garantie de l'acte d'ennemi, ne peut intervenir qu'en matière purement pécuniaire et encore faut-il qu'il y est vraiment un rapport de causalité entre le dol et le dommage. En ce qui concerne les actes précités, Al-Chaféi donne toujours un recours contre l'auteur du dol. Pour plus de détail sur la divergence des écoles voir p. 160-182, T. I, Al-Kasf.

CHAPITRE IV

L'Erreur

Considérations générales

L'erreur n'a été étudiée d'une manière abstraite que dans al-ous-soul, où elle constitue le point le plus inextricable et le plus discuté entre les différentes écoles. Les juristes se contentent de quelques règles énoncées dans les cas d'espèces et de quelques réglementations en matières des contrats.

Sans prétendre extraire de toutes ces matières données, une théorie générale cohérente, nous essayerons d'exposer en détail ce qui a été prévu soit par les Oussouliouns, soit par la jurisprudence hanafite et le code ottoman.

D'autre part, le point qui préoccupe les Oussouliouns ce n'est point la question des options en droit humain, ce qu'il importe pour eux, c'est d'analyser avant tout la question de l'imputabilité et surtout la question de la naissance de l'obligation divine. Il ne nous serait pas possible d'exposer un des systèmes des doctrines dans son intégrité pour la raison qu'il n'aurait point d'intérêt juridique. Force nous est dûe de nous contenter d'indications sommaires et de ne suivre dans cet exposé qu'un plan dicté par la complexité de la matière.

Définition: l'erreur « Khata » est un acte ou une parole émanant de l'homme par mégarde et sans intention, à l'occasion d'un fait ou paroles autres que celles qui ont eu lieu (121). Une deuxième définition, mais exacte, la définit ainsi: « l'erreur c'est de vouloir l'acte mais non ses effets », c'est-à-dire les obligations qui en découleraient.

L'erreur chez les Hanafites: toutes les solutions des Hanafites précèdent de cette idée que l'intention d'une partie est du ressort de la conscience et par conséquent, elle ne peut jamais être connue. Donc si un acte réunit ses conditions de validité extérieure, on le tiendra pour valable jusqu'à preuve contraire: il aura au moins une existence juridique.

Les Chaféïtes objectent en disant que si la validité de l'acte ne dépend que de la volonté extérieure et de la capacité, on devrait tenir compte de tous les actes accomplis en état de sommeil et, si on ne le fait pas, c'est que la capacité et la volonté extérieure ne sont point suffisantes en l'absence d'une intention et d'une manifestation de volonté consciente.

En matière de droit civil, l'intérêt de cette controverse se résume en ce que, chez les Chaféïtes, une erreur grave sur la nature ou l'objet, ou la personne rendrait l'acte « Batil », tandis que les Hanafites disent qu'un tel acte est conclu mais « Facid », comme en matière de violence, d'où il faut comprendre que l'erreur donnerait une option (122), qui est dans ce cas, une annulabilité.

C'est donc un principe général, en doctrine Hanafite, que l'erreur ne peut jamais être, à elle seule, la cause d'inexistence et qu'un acte qui réunit ses conditions de validité extérieure est tenu généralement pour valide. Mais l'intérêt de ce principe n'est qu'au point de vue de la constatation de l'erreur. Nous verrons, un peu plus loin, comment la naissance même de l'erreur est prévenue, par une nullité absolue des actes où certains points ne sont pas suffisamment précisés. Les erreurs de cette gravité une fois constatées ne donnent pas simplement une annulabilité, mais anéantissent l'acte dès sa naissance.

Avant d'aborder la question de l'erreur matérielle dans les actes juridiques, nous traiterons de l'erreur de droit, qui a été passée sous silence par le code et les juristes et qui pourtant était le nœud de toutes les discussions entre les Ouçouloums et les théologiens.

L'erreur du droit

Une règle générale de droit hanafite dispose que « aucune obligation à la charge d'une personne ne peut intervenir si elle découle d'un fait ignoré de cette personne », ou pour l'exprimer plus clairement, « un fait ou une loi ne peuvent faire naître des obligations à la charge d'une personne si elles n'ont point été parvenues à sa connaissance (123).

Cette règle contient deux idées distinctes : l'une c'est l'erreur ou l'igno-

(122) « S'il prononce le divorce, tandis qu'il voulait prononcer une louange à Dieu, le divorce est valable; et aussi s'il dit je vends au lieu de dire Dieu est grand, à la vérité la vente est conclue Facid comme en cas de violence. »

P. 382, T. 4, Al-Kasf.

Abou-Hanifa et Malek valident les divorces prononcés par métaphor « Ki-naya », tandis que Al-Chaféï et Ahmed Ibn Hanbel ne font découler le divorce de ces formules que s'il y a intention expressément exprimée. P. 130, T. II, Al-Mizan.

(123) P. 350, T. 4, Al-Kasf.

rance de la loi, l'autre intervient pour sanctionner ce qu'on appelle le défaut de publicité ou de notification de certains actes qui sont assujettis à des formes appropriées de publicités dans les systèmes modernes.

L'erreur de droit et l'ignorance de la loi: en doctrine hanafite une loi ignorée ne peut jamais obliger ceux qui sont censés se soumettre à son empire; ainsi un nouveau prosélyte à l'islam ne pourra être tenu de toutes les prescriptions de la loi avant d'en avoir eu connaissance. Il est plus ou moins excusé selon qu'il réside dans un pays musulman ou à l'étranger. En général aucune obligation ne saurait naître à sa charge avant qu'il ait eu vraiment connaissance de la loi ou tout au moins avant qu'il ait eu le temps de s'instruire.

Par l'application de cette idée, toutes les populations non musulmanes ne pourra être obligée à aucune prescription de l'islamisme parmi celles qui ne figureraient dans leurs propres législations. Tous les contrats qui seront Facid entre musulmans pour cause d'objet illicite, seront valables entre eux. Le cadi sanctionnera toutes les obligations nées de ces contrats. Ainsi il a été jugé que si, ayant deux filles, dont l'une est devenue sa femme, un Zoroastrien vient à mourir et qu'une contestation d'héritage entre ses deux filles soit portée devant le cadi, afin d'appliquer le droit musulman en cette matière, celui-ci devra donner, à la fille mariée à son père, et sa part d'épouse et sa part de fille du *de cujus*.

Les Chaféïtes et quelques disciples d'Abou-Hanifa ne l'ont pas suivi dans cette question. Les *Zimmi* ne peuvent pas être obligés, bien entendu, à embrasser l'islamisme, mais c'est un ordre qui nous est imposé par le Coran pour les ménager et non pas parce qu'ils ne sont point tenus devant Dieu, de l'obligation de croire et de pratiquer. Le cadi ne devra appliquer aucune des règles de leurs droits en contradiction avec le droit musulman. En ce qui concerne le vin et le porc, les contrats dont ils feront l'objet seront sanctionnés par cette idée que pour les *Zimmi*, ils sont comme le vinaigre et le mouton pour nous, c'est-à-dire des biens estimables en argent; c'est pour cette raison aussi qu'ils en devront l'impôt, car la légalité de l'impôt étant en raison de la protection « pas d'impôt sans protection » le *wali*, c'est-à-dire le gouverneur n'est pas censé protéger ces biens immondes pour un musulman. Si on en perçoit quand même l'impôt, c'est parce qu'ils sont estimables en argent pour les assujettis.

Quant à la question de l'erreur de droit proprement dite, elle pourra faire naître une option en annulabilité chaque fois qu'elle provient d'un fait excusable dont naturellement l'appréciation est faite par le juge. En général, l'erreur de droit n'est excusable que s'il s'agissait vraiment d'un point de droit inconnu par le commun ou d'une erreur basée sur une interprétation d'un savant.

Ainsi l'esclave mariée à son maître, si elle vient à être affranchie par lui, elle aura une option de demeurer avec lui ou de rompre ce mariage. Elle doit exercer cette option dans le même mejlisse que celui de l'affranchissement, si elle laisse passer ce mejliss, par ignorance de son droit, elle ne perdra pas son option, elle pourra l'exercer valablement plus tard.

De même lorsque deux personnes, ont solidairement le droit de pardonner un meurtre, si l'une pardonne, et si l'autre, dans l'ignorance que ce pardon a éteint son droit, vient à tuer le meurtrier, celle-ci n'encourra pas la peine du tallion; elle ne devra que la composition.

En doctrine chaféïte, cette erreur n'est point excusable; en un mot l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » est appliqué avec toute sa rigueur chez les Chaféïtes. Pourtant si la doctrine hanafite admet en principe l'erreur de droit, ce principe est pour ainsi dire absorbé par les exceptions qui ne lui laissent que des cas d'application extrêmement rares où l'erreur est vraiment excusable. Par exemple, la femme mariée en temps de minorité a une option à l'arrivée de sa majorité de rompre le mariage, mais elle n'est point excusable si elle prétend l'ignorer, car tandis qu'un affranchissement arrive souvent à l'improviste, la majorité est un fait qui arrive avec plus ou moins de délai, la femme mineure aurait pu s'instruire, toute personne aurait pu lui enseigner ses droits, cette option est connue de tout le monde (124).

L'inopposabilité au tiers ou à une partie d'un fait qui lui est inconnu: Cet ordre d'idée est aussi traitée par les Oussoulioums à l'occasion de l'ignorance (125) dont Al-Pezdwi fait une incapacité d'exécution. Elle se précise en ce que nul contrat, nul acte juridique en général « exercice d'option ou de résiliation unilatéral dans les contrats non nécessaires, mariage, mandat, etc.... », ne peut faire naître des obligations à la charge de quelqu'un avant qu'il ne soit parvenu à sa reconnaissance (126)

(124) P. 349-349, T. 4, Al-Kasf.

(125) Le mot « djehil » en arabe peut se traduire exactement par ignorance. Quant aux mots « nissian » et « Khatà », l'un signifie l'oubli et l'autre l'erreur qui sont tous classés parmi les causes qui empêchent l'exécution de toute obligation, du moins d'après les Hanafites et leurs Ouçoulioun.

(126) Ce principe n'a été admis dans son intégrité que par Abou-Hanifa et son disciple Mohamed. Zufar et Abou-Youssouf se rapprochent singulièrement des Chaféïtes (voir dans Al-Kasf titre erreur et p. 176-178, T. 6, Al Kachani sur la question des options).

L'ignorance totale

On entend par ce terme l'indétermination de l'objet du contrat et quelquefois l'indétermination de la personne avec laquelle on manifeste la volonté de contracter. Cette indétermination rendrait l'acte juridique en question « Batil ».

Ni les juristes hanafites ni le code ottoman ne précisent point ce qu'ils entendent par ignorance totale. Al-Kachani la définit par l'ignorance qui aboutirait à une discorde. Mais ce terme comprend toute sorte d'erreur et ne peut nous donner une idée exacte sur la question.

À lire les dispositions du code en matière de vente, de louage, du cautionnement, du mandat et des transactions nous pouvons en tirer les points suivants :

1° Dans les actes ayant pour objet des corps certains, l'indétermination s'apprécie au moment du transfert. Ainsi on peut passer des contrats ayant pour objet des choses à venir (comme dans les ventes dites Salam ou Istisna, le contrat d'entreprise) pourvu qu'elles puissent être déterminées et individualisées au moment où l'objet sera transféré. Ce qui rendrait le contrat « Batil », c'est l'indétermination et au moment du contrat et au moment du transfert, ou la certitude de l'indétermination à ce moment. L'indétermination, pour les objets matériels c'est l'indétermination du genre de l'objet, ce qui constitue toujours une ignorance totale et rend le contrat Batil. Quant à l'indétermination de l'espèce et de la qualité, elle peut devenir des causes d'ignorance totale dans certains cas que nous trouverons en parlant de l'erreur sur l'objet.

D'ailleurs, il n'est point nécessaire de déterminer l'objet dans le corps de l'acte il suffit que si les deux contractants sachent de quoi il s'agit.

2° Dans les contrats ayant pour objet des droits de créance, la détermination au moment du contrat est nécessaire (127), au moins de leur na-

(127) Il ne peut pas vendre ni le produit du ventre d'un animal, ni le produit de ce produit (Hindyâ) il ne peut pas lui vendre tout ce qui est dans un village, mais il pourra lui vendre tout ce qu'il y a dans une maison ou dans une caisse (Bazazia), p. 56. Miratul-Majallat). L'ignorance s'apprécie du côté vendeur selon Mohamed et des 2 parties selon Abou-Youssouf (Majma-Ul Anhur). Op. cit. p. 57.

S'il lui dit « je te vends tout ce qui m'appartient dans cette maison comme esclave et Robes », la vente est facid. Aussi, « tout ce qui m'appartient au monde comme terres ou monnaies » si l'acheteur ne sait pas exactement ce qui lui appartient (Kadi-Kahn et Ali Ef fendi).

S'il dit au cordonnier : « fais moi une paire de chaussures », ou au bijoutier « fais moi une bague de ton or », la vente est valable (Hindyâ).

Le cautionnement est valable même pour une somme indéterminée, mais non pour personne indéterminée (Duru Mkhtar).

ture, l'ignorance du montant de la créance constitue rarement une ignorance totale.

3° L'indétermination de la personne s'apprécie au moment de passer l'acte (128). Dans les actes dits Ikaât (divorce, affranchissement); la personne peut être déterminée au moment de l'efficacité de l'acte (129).

Toute créance pour laquelle le cautionnement est valable peut faire l'objet d'une délégation (Radu-Muhtar).

S'il dit: j'accepte d'être ton délégué pour tout ce que tu deviendras créancier d'un tel, la délégation n'est point valable (Bazazia).

Il vient demander en commodat une monture, le propriétaire lui dit: il y en a 2 à l'écurie, prends en une; il n'y a point commodat. Mais s'il lui dit: prends celle que tu voudras, le preneur est un commodataire (Ankaravy et Bazazia).

S'il lui donne 2 robes en lui disant que l'une est pour lui et l'autre pour son fils, il n'y a point de donation (Hindya).

(128) Les enfants conçus ne sont pas généralement considérés comme des personnes indéterminées, mais ils n'auront une Zimma qu'après avoir été séparés de leur mère, moment où leur Zimma devient apte à avoir des droits et des obligations. L'affranchissement d'un enfant conçu n'est point valable. Tous les actes qu'on passe à son compte sont provisoires. Ainsi si son curateur passe des actes à son profit, il ne sera réputé ni créancier, ni débiteur, ni héritier, aucune reconnaissance de paternité ni affranchissement ne sont définitifs avant qu'il ne soit né viable et qu'il ne soit séparé de sa mère. (Voir p. 239-240, T. 4, Al-Kasf).

(129) La quittance au profit d'une personne indéterminée n'est pas valable, elle le serait si la personne est déterminée même dans l'indétermination de la créance. S'il dit: je tiens mes cohéritiers quittes de tous mes droits, ou s'il dit je tiens tous mes débiteurs quittes, cette quittance est une simple reconnaissance, elle n'empêche point une réclamation ultérieure (Al-Mouhit).

S'il dit je tiens tous mes débiteurs quittes, s'il ne spécifie pas de quel clan ou quartier, elle n'est point valable (Ankaravy).

En ce qui concerne les actes d'échange, l'impossibilité de contracter avec personnes indéterminées ressort clairement des règles concernant le méjlisse.

Quant au divorce et à l'affranchissement, il est admis chez les Hanafites que si quelqu'un dit: « celle de mes femmes qui entrera la première dans cette maison sera divorcée, celui de mes esclaves qui fera tel acte sera affranchi », le divorce et l'affranchissement sont valables. (Voir aussi sur le pacte conditionnel, art. 1187, code Kalîl.

CHAPITRE V

L'Erreur de fait

L'erreur sur la qualité de la personne

Tant que l'erreur n'est pas *ignorance totale*, elle n'est point cause de nullité, ni même d'annulabilité dans le système hanafite. La question de l'option pour erreur n'a point d'intérêt dans les contrats non nécessaires, à moins qu'ils n'aient été faits à terme et dans ce cas là, elle ne peut être qu'une cause de révocation non de nullité, l'acte n'est pas « *Facid* », il redevient, à cause de l'erreur, non nécessaire comme il l'est par sa nature. De même que, dans tous les actes nécessaires, mariage, vente reconnaissance, cette erreur n'engendre point une option. Pour la vente, c'est compréhensible, car c'est un pur acte d'échange; quant au mariage, il est de ces actes que la plaisanterie et la violence ne rendent point nuls, il suffit que les consentements soient échangés pour qu'il puisse produire tous ses effets; peu importe que les deux conjoints ignorent leurs identités respectives. C'est pourquoi un mandat de mariage peut être fait sans désignation d'une personne déterminée; c'est un de ces points où le contrat de mariage se rapproche de tous les contrats d'échange sans s'y confondre.

Mais si l'erreur porte sur la qualité de la personne, elle peut dans certains contrats être cause d'option et d'annulabilité.

D'abord la qualité religieuse, d'après Abou-Hanifa, pour le métayage. Mais là où cette erreur a eu le plus d'extension, c'est en matière de mariage au profit de la femme et de sa famille, mais non pas au profit du mari. Une erreur sur la liberté, la conduite religieuse, la condition sociale et l'aptitude à la consommation du mariage donnerait toujours au profit de la femme et de sa famille une option en annulabilité. En vérité, ce n'est point une option au sens propre du mot, car le mariage n'est point rétroactivement annulé, ce sont des véritables cas de divorce que la femme ou sa famille feront prévaloir, devant le cadi, pour contraindre le mari à prononcer le divorce, s'ils n'ont pas pu l'obtenir à l'amiable.

L'erreur sur la nature du contrat

L'erreur sur la nature du contrat que nous devons exposer, n'est point l'erreur telle qu'elle est comprise en droit français; il est évident, comme nous le verrons aussi bien en parlant de l'erreur sur l'objet, que si l'un des contractants dit : « je te vends et l'autre dit : j'accepte ta donation », qu'il n'y a point de contrat ni de *Taradhi*, l'acte est *Batil*, il n'y a point d'acte. Ce dont il s'agit ici, c'est l'emploi des formules d'un contrat pour désigner un autre quel'on exécute immédiatement. Nous avons adopté la dénomination de l'erreur sur la nature, car il arrive comme nous le verrons que cette erreur se produise et alors tous les actes matériels, formules prononcées, tradition, deviennent inutiles et d'où en aucun cas, ne peut se déduire l'existence d'un acte juridique.

Les textes: Nous avons d'un côté, ce principe déjà rencontré, « que l'acte qui réunit ses conditions de validité extérieures, est tenu pour valable jusqu'à nouvel ordre » et ce deuxième texte en matière de la déduction de la volonté qui dispose que « si l'intention d'une personne se trouve en accord avec les faits extérieurs, elle tiendra lieu d'un texte » (130), art. 68 code ott., ainsi que l'art. 65 du code ott. qui dispose : « la qualification d'un présent est nulle, la qualification d'un absent est valable ». D'autre part, nous avons l'art. 2 et 3 du code ottoman, inspirés aussi de la doctrine hanafite, qui disposent que les faits doivent s'interpréter d'après l'intention de la partie et que, dans les contrats, on doit tenir compte du sens des mots et de l'intention des parties et non des paroles prononcées ou de leurs constructions.

Il y a une certaine contradiction entre ces deux ordres de textes. D'un côté, ils proclament la souveraineté de l'intention et de l'autre côté ils déduisent la validité d'un acte de ses conditions de validité extérieure. Nous n'insistons pas sur l'origine de cette confusion et de toutes les contradictions que l'on rencontre dans le code entre certains articles des généralités et ses réglementations de détails à l'occasion des contrats.

Nous croyons que les principes qui régissent toute la matière de l'erreur et plutôt toutes les règles de « l'*Inikade* », (formation des contrats), sont des textes déjà cités, hormis les art. 2 et 3 (131).

(130) 45, 46, 47, T. I, Al-Kasf.

(131) La souveraineté de la volonté et de l'intention est souvent proclamée par le coran et les Hadis. L'esprit du droit musulman est le moins formaliste possible, la réaction des Hanafites était nécessaire et conditionnée par les coutumes des pays nouvellement conquis à l'islam. Abou-Hanifa a interpolé de nombreux textes avant d'arriver à former son système de droit. Une deuxième cause de l'imprécision et des contradictions entre les adages adoptées et dont le code ottoman n'a pu rejeter l'influence, c'est que la science du Fiqh ne contient pas

Le principe: si nous appliquons l'art 65 aux faits et non seulement à l'objet des contrats comme le fait Ali-Haydar, dans ses commentaires, nous pouvons dire que: la fausse qualification des faits qui ont lieu à l'occasion d'un contrat est nulle et n'indique point la vraie nature de ce contrat qui doit se déduire uniquement d'après les faits. En d'autres termes le contrat qui vient de se passer en fait n'empruntera pas son nom aux formules employées par les parties, mais uniquement aux faits qui ont eu lieu à l'occasion de ce contrat.

Il y a deux conditions à l'application de l'art. 65, c'est que l'objet doit être présent, et qu'il soit de même espèce que l'objet transféré. Si par exemple le vendeur dit: « je te vends ce cheval blanc et l'acheteur dit: j'accepte » et qu'en réalité le cheval est noir, la qualification est nulle et la vente parfaitement valable. Supposons maintenant qu'il n'y a point d'objet et que ce soit des *faits* qui ont été qualifiés faussement et par erreur, et que ces faits ont eu lieu dans le présent, nous verrons d'après les arrêts que nous citerons un peu plus loin, que la qualification, qui est en la matière, les formules prononcées, deviennent nulles et le contrat sera celui qui a eu lieu et non celui qui a été formulé par paroles.

Mais allons plus loin dans l'article et supposons que l'objet qualifié n'est pas de même espèce que l'objet qui fait en réalité l'objet du contrat. Alors la qualification ne pas être tenue nulle, car une des conditions de l'application de l'art. 65 fait défaut à savoir, l'unité de l'espèce entre l'objet nommé et l'objet transféré et la présence de celui-ci devant les parties. Cette deuxième condition ne peut pas avoir lieu en ce qui concerne les *faits matériels* qui sont toujours des faits, nous pouvons ici changer les termes de l'art. 65, premier alinéa et dire: la fausse qualification des faits se rapportant à une matière contractuelle, ne peut influencer, ni changer la nature du contrat qui vient d'avoir lieu. Voilà un fait établi. L'erreur de dénomination de l'acte, môme s'il y a une différence de nature entre le contrat nommé et formulé et les faits exécutés sur le moment, n'est point cause ni de « Façad » ni d'option, le contrat qui vient d'avoir lieu est pleinement valable par déduction de ce principe que « si l'intention est d'accord avec les faits, elle tient lieu de texte », la formule sera négligée et le contrat se formera en fait.

seulement le droit civil mais aussi le droit pénal et la matière des cultes. Les règles des Ouçoulioun les englobent tous à la fois, d'où un manque de clarté et de système et l'absence d'une théorie des obligations et des contrats dans la partie du Fiqh qui traite de droit civil, les généralités « Koulliat » du code ottoman n'ont rien innové en la matière. Les juristes qui ont composé le code n'ont pas su démêler ce qui est général à toutes les matières du Fiqh de ce qui est spécial aux matières du Fiqh de ce qui est spécial aux matières traitées par le code, d'où les lacunes et les imprécisions.

Mais l'intention est presque en fait indifférente d'après le système hanafite, puisqu'on ne peut jamais la connaître et qu'à défaut de paroles expresses indiquant qu'elle est l'intention, on peut s'en passer. Il se trouve donc qu'un contrat est conclu à l'encontre de la volonté d'une partie, puisqu'on ne saura jamais son intention.

Voilà ce qui peut se déduire des textes du code et des écrits des auteurs, si nous voulons les appliquer avec toute la rigueur. Mais nous avons vu qu'Abou-Hanifa admettait pour celui qui au lieu de dire *Dieu est grand* a dit par erreur, *je vends*, que cette vente est conclue, mais avec option en faveur de celui qui s'est trompé. Bien que nous n'ayons pas trouvé une précision sur ce point, il serait peut-être plus équitable de décider que le contrat conclu dans ces conditions est un contrat différé. La jurisprudence se prononce pour la validité pure et simple ainsi que l'art. 65.

Revenons à l'adage : « l'acte qui réunit ses conditions de validité extérieures est réputé valable ». Or, dans les contrats, qui sont conclus dans les conditions ci-dessus exposées, on ne peut apprécier avec évidence que la capacité des parties et la licéité de l'objet. A quel point de vue devrait-on se placer pour apprécier les conditions de validité de l'acte de manière objective, puisqu'il y a un acte nommé qui est différent de l'acte exécuté ? Ici nous pouvons revenir à l'art. 65, premier alinéa pour dire que ses deux conditions d'application sur les faits sont : premièrement : que les faits soient actuels et présents, c'est-à-dire des faits d'exécution (ce qui veut dire que l'exécution s'en suit aussitôt après les fausses formules prononcées), et deuxièmement, que l'exécution ou les faits ne présentent point une contradiction avec les formules (ou autrement dit, qu'il n'y ait point incompatibilité juridique entre les formules prononcées et l'acte qu'on vient d'exécuter) ; de même que lorsqu'il s'agissait d'une chose faisant l'objet d'un contrat, elle ne devrait pas être d'une autre espèce que la chose qualifiée. Mais s'il se trouve donc une incompatibilité entre les formules et les faits exécutés ou proposés, on ne pourra plus en déduire la nullité de la qualification et par conséquent le contrat, exécuté en contradiction avec les formules, sera facid et ainsi les formules et l'échange, seront inutiles.

Nous citerons ici quelques exemples qui feront mieux saisir à la fois le sens de l'art. 65, appliqué en matière d'erreur sur la nature du contrat.

1° si l'un dit à l'autre, je te prête ma maison à condition que tu me fasses donation de tant et que le deuxième accepte, le contrat conclu est un louage.

2° si l'un dit à l'autre, après lui avoir acheté un objet sans qu'il y ait eu tradition, je t'en fais donation et que l'autre accepte, c'est une résiliation de la vente,

3° si le débiteur dit à son créancier, au moment où il ne reçoit un prêt : tiens cet objet pour toi, et que l'autre accepte, ce n'est ni donation, ni commodat, c'est un contrat de gage.

4° si l'un dit à l'autre, je te fais exécuteur testamentaire « Wassi » à l'effet de vendre cet objet aujourd'hui, si le deuxième vend l'objet, c'est un mandat.

5° si l'un donne à l'autre une somme d'argent et lui dit : « tiens cette somme en commandite, sans assigner de part dans les gains, si l'autre prend l'argent, ce n'est ni dépôt, ni commandite, c'est un prêt.

6° si l'un dit à l'autre je te loue ma maison sans loyer et que l'autre accepte, ce n'est point un commodat, c'est un louage Batil.

7° ou s'il lui dit : « je te vends cet objet sans prix et que l'autre accepte, c'est une vente Batil et non donation,

8° s'il lui donne une somme d'argent en commodat, c'est un prêt et non commodat ni dépôt.

9° si le créancier voulant faire une quittance à son débiteur lui dit : « je te fais donation de telle chose, ou telle somme, le débiteur n'a pas besoin de faire une acceptation car c'est un acte déclaratif comme l'aveu et la reconnaissance, et point une donaiton (132).

Dans tous ces exemples cités, il y a une exécution, c'est-à-dire des faits présents. Si donc les parties se sont contentées de prononcer des formules sans rien exécuter nous tomberons dans le cas cité au début, c'est-à-dire quand l'un dit : je te vends et l'autre réponds : j'accepte ta donation. Il n'y a point d'*Inikade* ni de contrat, ni de Taradhi, de même aucun élément de fait d'où nous pourrions déduire une intention quelconque. Ces paroles prononcées sont absolument inutiles, c'est donc l'application du deuxième alinéa de l'art. 65 qui dit que la qualification de l'absent est valable (c'est-à-dire qu'en l'absence des faits ou d'un objet, la qualification du contrat est réputée faite intentionnellement, d'où dans notre exemple, l'absence de l'*Inikade*, puisque chacune des parties a voulu un contrat différent de ce que l'autre voulait réaliser).

Conclusion: de ce qui précède nous pouvons conclure :

1° si l'offre et l'acceptation sont intervenus, mais portant chacune sur un contrat différent de celui de l'autre, il n'y a point de contrat ; si les parties se sont contentées de prononcer les formules sans réaliser aucun échange. Les paroles sont inutiles ou caduques « lagou ».

(132) Al-Achebah, Fatava Hindya : citations de Ali-Haydar dans Al-Koulliat et de Ibrahim Halebi dans Miratul-Majallat.

2° si l'échange ou l'exécution intervient, les formules sont caduques et le contrat sera celui qui a été exécuté en fait.

3° s'il y a entre le contrat formulé et le contrat exécuté une telle contradiction juridique que l'intention des parties ne puisse être précisée, il y a inikade mais qui est Batil et par conséquent si les parties prétendent avoir voulu réaliser soit le contrat formulé, soit le contrat exécuté, le contrat prétendu sera Batil et chacune des deux parties peu alléguer cette nullité ou l'inexistence d'aucun contrat.

L'erreur sur l'objet

Dans les actes irrévocables constitutifs, divorce, affranchissement ou déclaratifs, aveu et reconnaissance (133), l'erreur sur l'objet n'a aucune influence sur la validité de l'acte, de même le contrat de mariage ne peut point être vicié par cette erreur, en supposant que la femme en est l'objet.

Mais où cette erreur constitue un vice, c'est dans les contrats où intervient Al-Taradhi (contrats bilatéraux).

Le principe qui régit cette matière c'est aussi le principe posé par l'art. 65 du code ottoman et les deux adages des hanafites déjà cités.

Mais avant d'aborder la question, distinguons l'erreur de l'ignorance totale. L'erreur sur le genre d'une chose constitue toujours une ignorance totale même si la chose dont on ignore l'espèce est qualifiée, car une qualité comme la couleur, la longueur, le poids, le prix, peut s'appliquer à une infinité d'objets tout en les laissant dans l'indétermination, si leurs genre ne sont pas désignées.

Quant à l'erreur ou l'ignorance de l'espèce ou de la qualité, elle ne constitue l'ignorance totale et ne rend l'acte batil que dans certaines conditions déterminées par l'art. 65. Voyons maintenant ce qu'on entend par espèce et genre en doctrine hanafite.

Le genre : L'art. 140 du c. o., nous dit que : le genre au point de vue juridique c'est « l'unité de but entre des choses qui ne se différencient pas énormément ». Hamwy définissait le genre en ces termes : « c'est un nom général donné à des individualités qui se différencient par leurs buts et par leurs essences ». Les auteurs ne sont pas d'accord sur une définition. Abou-Hanifa, par exemple, disait que le genre c'est l'unité de la forme et de tout entre les choses (134). L'art. 1469 du code ottoman tranche la question en disposant que : par le changement de l'origine « d'une chose » du but

(133) Voir les termes de la reconnaissance. P.

(134) P. 426-427, T. I, Ali-Haydar.

« auquel elle réponds » ou de l'usage « auquel elle est destinée » le genre change. La solution du code est donc la moins générale, mais la plus rigoureuse pour les contractants. L'espèce d'une chose, c'est donc quelquefois ses qualités et quelquefois son utilité. Il ne faut point pourtant prendre l'art. 1469 dans toute sa rigueur, elle n'est point d'accord avec les solutions admises en jurisprudence hanafite qui fait de ces cas des erreurs sur le genre ou sur la qualité, lesquelles dans la vente par exemple, ne constituent jamais un cas d'ignorance totale, mais plutôt des cas de vices rédhibitoire (c'est-à-dire le contrat conclu avec erreur sur le but ou l'utilité d'une chose n'est point Batil comme dans tous les cas de l'ignorance totale, il est tout au plus un contrat à option).

L'espèce: Le code ottoman ne définit pas l'espèce, bien qu'il en parle assez souvent. Ali-Hayder propose cette définition: « des choses qui ne présentent pas des différences énormes les unes avec les autres d'après leurs buts, constituant une espèce » (135). En général, on pourrait dire que les cas spécifiés par l'art. 1469 sont des espèces. Seulement, tandis que l'ignorance de l'espèce de l'objet, s'il y a une qualité spécifiée et si son genre est connu ne constitue pas une ignorance totale; la détermination du genre de l'objet dans l'ignorance de ses qualités ou son prix équivaut à l'ignorance totale, autrement dit à l'erreur sur le genre.

La qualité: c'est la définition d'une chose, d'un fait qui le rendrait individualisé et identifié entre les unités d'une même espèce mais il ne faut point perdre la qualité comme le troisième degré d'une classification, l'espèce est quelquefois qualité s'il s'applique à un genre. La qualité, en

(135) S'il lui donne de l'argent pour lui acheter des munitions (tâam), il lui achète du blé ou de la farine et non de la viande ou des fruits. S'il lui dit de lui acheter de la viande, il lui achètera du mouton, du bœuf et non du rôti, ni du poisson, ni du gibier. S'il lui dit de lui acheter du lait, il pourra acheter du lait de chèvre, de mouton, de vache ou de chamelle.

P. 32. T. 6, Al-Kachami.

S'il lui dit, achète moi une esclave turque et qu'il achète une esclave Ethio-pienne ou s'il lui dit achète moi une esclave pour le service et qu'il l'achète aveugle ou estropiée. S'il lui dit achète moi une esclave à crédit et qu'il l'achète comptant, dans tous ces cas, l'esclave restera au compte du mandataire. P. 28-29, T. 6, Al-Kachani.

S'il lui dit achète moi une robe sans spécifier si c'est de la laine, du coton ou de la soie, le mandat est nul pour ignorance totale, même s'il indique un prix. De même que s'il lui dit achète moi une terre, un esclave, une pierre précieuse, des céréales, une maison, le mandat n'est point valable. De même que s'il lui dit, achète-moi une perle, un diamant, sans indiquer un prix, car la différence est énorme et la qualité « ou le prix de ces objets » ne saurait se déduire de la situation de fortune du mandant.

Mais s'il lui dit: achète moi un esclave turc ou s'il a indiqué le prix sans la qualité « le mandat est valable ». P. 24, T. 6, Al-Kachani.

un mot, est ce qui rend le fait ou l'objet défini « *mârifa* » : c'est le prix, la couleur, la mesure, l'utilité, le but, l'origine, etc... Elle individualise l'objet. Tout dépend des situations où l'on se trouve.

L'APPLICATION DE L'ART. 65 : *la qualification du présent est nulle, la qualification de l'absent est valable*. En d'autres termes, employés par Al-Pesdewi : la qualité (ou la définition donnée) de l'indéfini « *nakira* » est valable et la qualité (ou la définition) du défini « *mârifa* » est inutile « *la-gou* », nulle, caduque.

Le premier alinéa de l'art. 65, ne peut être appliqué qu'à des faits ou a des objets puisque pour l'appliquer, il y a deux conditions primordiales : 1° un présent et l'unité de l'espèce entre ce présent et ce qui a été qualifié par la formule ; par conséquent tous les contrats qui n'ont point pour objet le transfert des corps certains sont hors du champ d'application de l'alinéa premier, ex. : délégation, cession de créance, mandat, vœu, serment. Tous ces actes sont du ressort de l'alinéa 2 du même article.

Supposons qu'il y ait vendeur et acheteur : le vendeur tend un cahier et dit à l'acheteur : « je te vends ce livre », même si l'acheteur accepte et qu'il dit je t'achète ce cahier, le contrat est Batil, car le cahier et le livre étant deux genres différents, il y a ignorance totale sur l'objet du contrat. De même, si le vendeur spécifie le prix ou une qualité, cela ne changerait rien ; car l'ignorance subsiste toujours sur le genre de l'objet du contrat.

Supposons qu'il lui dise : « je te vends ce livre de grammaire » et lui tend un livre d'histoire, alors même qu'il y a unité dans le genre, la différence de l'espèce, en l'absence d'une qualification, fait présumer une ignorance totale (même si l'acheteur désirait en réalité un livre d'histoire), car on ignorera toujours si le vendeur voulait se désaisir de son livre d'histoire ou de son livre de grammaire. Mais si le vendeur, sans spécifier l'espèce, tend un livre et dit : « je te vends ce livre à tant », si l'acheteur accepte, la vente est conclue ; s'il y a plus tard erreur sur l'espèce ou la qualité, elle fera naître une option de vice (il y a lieu à cette option). De même s'il lui dit : je te vends ce livre rouge à tant et que l'autre accepte, la qualification est nulle, c'est-à-dire, si le livre est en réalité blanc et qu'il soit présent devant les deux parties, la vente est valable et même, d'après la jurisprudence hanafite, il n'y a point ici un cas d'option de qualification (136).

On voit par là comment les définitions du code sont fragiles ou plutôt très obscures et incomplètes. Dans les cas cités par Al-Kachani, le lait de

(136) Car l'option de qualification n'est point une option légale, à défaut de stipulation expresse elle ne peut pas avoir lieu. Ce que l'acheteur peut arguer plus tard, c'est l'option de vice redhibitoire s'il y a lieu. On peut dire l'indétermination du genre ou la fausse qualification du présent ne sont point en principe des erreurs, à moins que l'on se trouve dans un cas d'option de vice, si la différence du genre ou le défaut de qualité constituent des vices dans le cas d'espèce,

brebis et le lait de chamelle ne constituent point deux espèces différentes, malgré la différence de l'origine et de l'utilité. De même quand le mandataire a acheté comptant pendant que le mandant voulait acheter à crédit, la différence des moyens de paiement, constitue un cas d'*ignorance totale* malgré toutes les autres conditions réalisées et sans que la désignation du mode de paiement eut été stipulé d'avance comme *condition* du mandat d'acheter.

Passons maintenant à l'application du deuxième alinéa. L'absent est toujours indéfini « *nakria* » ; dans ces conditions, il faut l'identité absolue de la chose qui fut l'objet de l'offre et de l'acceptation, autrement dit, celle qui est en réalité l'objet du contrat. Supposons qu'il n'y ait pas eu de livraison, cette absence de la qualité stipulée empêche la conclusion du contrat ; si la chose périt, du moment qu'il n'y a pas eu de transfert de la propriété, les risques sont à la charge du vendeur ; l'acheteur s'il a payé le prix peut le réclamer et si on lui fait livraison et qu'il constate le défaut de qualité, il devient détenteur précaire et non possesseur. Il aura un « *Kabdt gaïr madmoun* », les choses se passeront comme s'il n'y avait pas eu de vente. L'art. 65 dit dans ses exemples que si la qualité stipulée ne se trouve pas dans l'objet, le contrat ne peut pas être conclu, Ali-Haydar croit que, même dans ce cas là, le contrat est conclu avec option de qualification (138) relevant de l'art. 310 du code ottoman. Pourtant les termes employés par le code sont clairs et nets, l'art 65, dit : le contrat ne se conclut pas. Nous croyons que en l'absence de l'objet au moment du contrat, la qualification énoncée est une définition de l'objet, elle sert à l'individualiser. L'art. 310 s'applique surtout quand l'objet est présent, si l'acheteur veut stipuler une qualité voulue et désirée par lui. Il est au contraire évident que qualifier une chose absente, c'est identifier et que, l'absence de cette qualité équivaldrait à une « *ignorance totale* » et à un *indétermination* de l'objet.

Enfin pour les choses absentes, soit objets matériels, soit des droits de créance, le défaut de la qualité stipulée n'est point une cause d'option, c'est une cause d'erreur sur l'identité de l'objet, le contrat sera *Batil* et inexistant.

Conclusion et résumé : l'acte qui réunit ses conditions de validité extérieures est tenu pour valable. Ses conditions de validité sont le consentement, la capacité et l'objet, par conséquent, pourvu qu'il n'y est point fausse dénomination de l'espèce ou du genre de l'objet présent, le contrat

(137) P. 243. Koulliat Ali Haydar.

(138) P. 197-198, T. 4. Al-Kasf et voir P. 54, T. 3, Al-Amidi sur les preuves que la qualité peut devenir cause, et P. 292-297, T. 4, Nihayet-el-Soul, sur les effets d'une cause qui a 2 qualités.

est valable, nonobstant la fausse qualification, car « si l'intention est corroborée par les faits, elle tient lieu de texte » ; la présence de l'objet mal qualifié et le fait qu'il est désigné comme l'objet du contrat fait présumer que les parties se sont entendues sur la qualité existante de la chose.

L'absence de l'objet, au moment du contrat, ou le fait qu'il est créance « dayn » et non substance « ayn » obligerait les contractants à le préciser par ses qualités (et à le préciser par des paroles, puisqu'il n'y a pas de faits dont la concordance puisse faire présumer une intention), c'est pourquoi une fausse qualification ou l'absence de la qualité énoncée, et à plus forte raison la divergence d'espèce et du genre entre ce qui a été spécifié par les formules et ce qui fait en réalité l'objet du contrat, laisserait le doute planer sur l'identité de l'objet du contrat et celui-ci sera nul (139).

Le contrat est conclu, n'ayant ni cause d'inexistence, ni cause d'annulabilité, mais la chose qui fait l'objet du contrat n'a pas été présente ou elle n'est pas connue de celui auquel sa propriété va être transférée. Nul doute que le contrat est valable, il opère le transfert (sauf dans le cas, où elle périt avant d'être livrée). Mais cette ignorance de la matérialité de la chose fait toujours présumer que le consentement n'est pas encore parfait.

(139) Voir l'art. 1468, c. otto. sur ce qui doit être spécifié dans un mandat d'acheter et aussi p. 140, T. 5, Al-Kachani sur les cas où la dénomination de l'objet d'une vente n'est pas conforme à sa réalité. Iman Zufar soutenait que si l'objet est présent, le contrat est toujours conclu, mais avec option, s'il y a défaut de qualité voulu.

Al-Kachani citant le cas où le vendeur désigne un mouton et le vend comme brebis, dit que la vente est conclue ; car au regard de leur utilité pour la nourriture, ils sont de même espèce. A moins que le vendeur ne veuille acquérir une brebis « dans ce cas la vente sera conclue avec option pour défaut de qualité voulue, laquelle engendre un vice de consentement.

Nous voyons que la matière est très obscure, les cas de vice redhibitoire, les cas de l'art. 310 et de l'art. 65 se rapprochent sans se confondre. Si nous voulons faire un classement nous pourrions dire :

1° La chose est présente, la qualité énoncée par erreur est apparente, le contrat est absolument valable, art. 65, 1^{er} alinéa ;

2° La chose est présente, le défaut de la qualité énoncée par erreur ne peut être constatée immédiatement, le contrat conclu, il y a option. Art. 310 (voir tous les cas cités p. 806, 809, T. I, Ali-Haydar, qui sont toutes des qualités non apparentes ;

3° Il n'y a point eu de qualité énoncée mais la chose est présente si l'acheteur ne trouve pas la qualité voulue et désirée par lui il y a option de vice, de même que s'il y a des vices cachés, art. 337 ;

4° Il y a erreur grave sur l'espèce, le contrat ne peut pas être conclu, de même que, la chose étant absente, il y a eu erreur sur sa qualification ou sa dénomination.

CHAPITRE VI

Moyens techniques employés en droit musulman pour prévenir toute erreur et pour corriger l'erreur substantielle

L'option de vue

Définition: C'est l'option donnée par la loi, nonobstant toute convention contraire, à celui, à qui la propriété d'un corps certain est transférée par un contrat nécessaire, de résilier ce contrat au moment où il prend livraison et connaissance de la chose.

Champs d'application: cette option est spéciale aux actes révocables. Les actes comme le mariage (l'option de vue sur la dot), l'affranchissement à prix, le divorce à prix, le pardon à prix ne peuvent être révoqués car l'option ne peut avoir lieu, après accomplissement de l'acte irrévocable, même si l'option a été stipulée par condition. L'option s'applique à ces actes révocables dont l'objet est le transfert de la propriété ou de la détention de la chose, à cette condition que le contrat soit nécessaire (140), comme la vente, le louage, les transactions et les partages. Elle ne peut pas non plus avoir lieu dans les contrats dont l'objet est une créance, car les créances se reconnaissent par la *qualification*) et non par la *désignation* c'est-à-dire elles ne peuvent pas être vues.

Les conditions de la naissance de l'option: L'option est donnée au profit de la partie à laquelle la propriété ou la possession de la chose a été transférée, sans l'avoir vue, l'avoir connue au préalable, ou, si l'ayant connue,

(140) P. 292, T. 5, Al-Kachani et p. 881, T. 1, Ali-Haydar.

Parmi les contrats transférant la détention, il n'y a que le louage où l'option peut avoir lieu, car les contrats de dépôt et commodat sont des contrats non nécessaires, ils peuvent être révoqués à volonté. Quant au contrat de gage, il transfère non la détention, mais la possession de la chose « Kabdt madmoun ».

l'objet a subi, depuis, des transformations qui l'ont rendue différente de ce qu'elle a été. Cette option dure tant que la partie en cause n'a point vu encore la chose, sans aucune limite de durée.

Ce qui doit être vu: C'est la partie substantielle de la chose; la vue de la partie ou qualité non substantielle n'éteint pas l'option. Si la chose a deux parties substantielles, il faut qu'elles soient vues toutes les deux. La ratification sur la vue d'une seule qualité ou partie substantielle n'éteint pas l'option du chef de l'autre partie ou qualité. Si l'objet du contrat se compose des choses fongibles, la vue de l'échantillon est suffisante. Si au contraire, ce sont des choses non fongibles, elles doivent être vues séparément, la vue de l'une ne présume pas de la vue de l'autre (141).

L'exercice et l'extinction de l'option: un droit ne peut s'exercer ou s'éteindre avant d'être né. C'est donc au moment où l'acquéreur voit la chose qu'il doit manifester sa volonté de ratifier ou de résilier; par conséquent, si la chose périt chez le vendeur avant d'être livrée à l'acheteur, les risques sont à la charge du premier, car on ignorera toujours si l'acquéreur aurait accepté la chose ou s'il l'aurait refusé.

L'option, une fois née, peut s'éteindre par ratification expresse ou tacite du contrat, ou après tradition, par la mort de celui au profit duquel l'option aurait pu naître, par ratification d'un copropriétaire, par la perte totale ou partielle ou par la transformation de la chose. L'option doit être exercée à la connaissance de l'autre partie, mais il n'est point nécessaire ni d'avoir son consentement, ni de s'adresser en justice.

Les contrats avec les aveugles: L'art 329 dispose que l'aveugle n'est point frappé d'incapacité en matière de vente, mais il faudrait que l'objet vendu lui soit décrit avec détails après quoi, il ne peut plus avoir d'option. Seulement en cas où il constatera que la chose ne répond pas à la description faite par le vendeur, il pourra exercer l'option en annulabilité de la vente.

Nature du contrat avec option: le contrat avec option est un contrat nécessaire et non point différé comme les contrats passés par un gérant d'affaires. Ce que l'option atteint, c'est *la propriété* ou *la possession* au regard de la partie qui a l'option. Cette propriété n'est pas nécessaire ou défi-

(141) Art. 323. C. otto et p. 293-295, T. 5, Al-Kachani.

Exemples de Al-Kachani: S'il a vu la tête de l'esclave, il est réputé avoir vu l'esclave, mais s'il n'a vu que ses membres, il aura l'option. S'il a acheté un mouton, il doit le toucher, s'il l'a vu de loin, il aura l'option. S'il a vu l'envers d'une robe ou si la robe était brodée, la broderie étant désirée et qu'il ne l'a pas vue, il aura une option.

nitive malgré que le transfert eut été fait. Par conséquent, l'option ne peut naître qu'à la vue de la chose et non avant. Et c'est ainsi, que si l'option vient à s'éteindre par une cause quelconque, même étrangère à la volonté de celui qui aurait pu l'exercer, le contrat étant de caractère nécessaire, les risques de la propriété sont définitivement à la charge de l'acquéreur.

L'option de vice

Nous avons vu l'erreur qui abolit le consentement et celle qui en constitue simplement un vice. Nous passerons sous silence « l'option de qualité » qui ne cadre pas avec la matière. Cette option est conditionnelle et de ce chef de la théorie des modalités, c'est une stipulation de garantie de quelques qualités désirées par la personne qui se rendra acquéreur d'un objet matériel.

Quant à l'option de vice, qui est traitée à l'occasion de contrat de vente, nous croyons qu'elle peut être traitée à l'occasion de l'erreur, car ce n'est point, comme on est tenté de la croire, une option spéciale à la vente, elle peut avoir lieu dans tous les contrats à échange nécessaire : vente, échange, louage.

Nature de l'option : c'est une option *présumée conditionnelle* par la loi ; mais il ne faut pas la confondre avec toute autre option conditionnelle, car elle n'empêche pas le contrat d'être nécessaire. C'est seulement au cas où le vice existera ou sera constaté, que la propriété peut être résiliée (à l'égard des parties contractantes seulement), si la résiliation a eu lieu par consentement et non en justice, c'est ce qui prouve qu'à certains points de vue, le transfert de propriété est tout de même définitif. C'est un point que nous signalons pour préciser la nature de cette option qui est classée par les juristes comme intermédiaire entre l'option de vue qui est une option légale et toutes les autres options conditionnelles (142). Pour nous

(142) Al-Kachani souligne p. 274, T. 5, que la propriété avec vice est une propriété non nécessaire, il se contredit plus loin, p. 282 en affirmant que la résiliation du contrat par consentement mutuel est une deuxième vente à l'égard des tiers, ce qui veut dire que la propriété transférée avec vice est considérée comme nécessaire à l'égard des tiers et non nécessaire entre les parties. Au contraire, si la résiliation a été faite en justice, la propriété est considérée non nécessaire à l'égard des parties et des tiers.

A vrai dire, la nature de la propriété ne devrait pas changer par le changement des procédés de résiliation du contrat.

Nous verrons, dans le développement, que dans tous les cas où il y a vraiment un vice rédhibitoire, cette propriété est considérée comme nécessaire si par une cause quelconque l'objet ne peut pas être rendu au vendeur ; et que dans les cas où cette option recèle des cas d'erreur substantielle, vu que l'option est basée sur un vice du consentement, la propriété n'est point nécessaire ni à l'égard des parties, ni à l'égard des tiers.

L'option de vice est une juxtaposition de deux options, ou de deux ordres de cas d'option. L'une vient compléter, en quelque sorte comme dernier remède contre l'erreur possible, toutes les réglmentations étudiées. L'autre qui se rapproche beaucoup des options conditionnelles vient sanctionner les cas de vices rédhibitoires.

Qu'est-ce qu'un vice? L'art. 338 définit le vice rédhibitoire par : « toute diminution de la valeur et du prix d'une chose ». Cette définition n'est point exacte. Elle n'est même pas une définition au sens logique du mot. Ibrahim-Halebi le fait remarquer dans ses commentaires sur l'art 338 (142).

La vraie nature de l'option de vice : si le code et les auteurs hanafites n'ont pas pu donner une définition générale du vice, c'est que les cas de vices énumérés par les auteurs peuvent se classer en deux groupes : les vices objectifs de la chose et les vices qui sont considérés comme tels par rapport à l'acquéreur et au but qu'il se proposait par l'acquisition de la chose atteinte de vice.

Par conséquent l'option de vice est quelquefois la sanction des vices rédhibitoires tels qu'ils sont compris en droit français et quelquefois la sanction de l'erreur substantielle. En effet, si nous nous rapportons à l'étude précédente, nous verrons qu'un contrat où il n'y a eu ni stipulation d'une qualité de la part de l'acquéreur, ni fausse qualification ou nomination est un contrat conclu et efficace. Néanmoins, il n'est pas impossible que l'acquéreur se fut trompé de lui-même et par erreur sur l'utilité ou le but auquel il voulait satisfaire par l'acquisition de la chose. N'étant pas en présence d'une erreur empêchant les conclusions du contrat, ni d'une lésion dolosive, ni d'une qualité stipulée conditionnellement et ne pouvant tout de même laisser cette erreur sans sanction, les juristes en ont fait un cas de vice rédhibitoire (qui groupe des cas d'erreur substantielle et non substantielle). Le principe de l'art. 310 ne pourrait suffire à éviter les conséquences de cette erreur, car il ne concerne que les qualités stipulées expressément et dont on ne peut se rendre compte à première vue. Le code Kalil dans l'art. 160 est plus explicite à cet égard que le code ottoman, il dispose : « tout objet impropre à l'usage auquel il a été destiné par la convention pourra être rendu ». Le texte arabe de Kalil parle de « l'absence de l'utilité et du but » poursuivi. Naturellement, il ne s'agit pas ici d'un but stipulé expressément, on retomberait alors dans les cas de l'art. 310, du code ottoman qui concerne les qualités même secondaires, si elles ont été stipulées, l'option de vice intervient même en dehors de toute stipulation et ne peut s'éteindre (en doctrine hanafite) même par stipulation de non garantie par le vendeur. Car une erreur substantielle est toujours imprévisible, on ne

(143) P. 103, Miratul-Majallat.

saurait donc exiger une stipulation qui garantirait l'acquéreur, cette erreur provient toujours de la similitude extérieure de l'objet acquis et de l'objet qu'on croit acquérir. De plus, une chose peut avoir plusieurs qualités substantielles selon l'emploi auquel on la destine. Par conséquent, il est presque toujours impossible à l'acquéreur de prévoir cette erreur; c'est pourquoi si certaines conditions sont réunies, il pourra par le moyen de l'option de vice résilier son contrat.

La dualité de la notion du vice: Bien que traité à l'occasion de la vente, il faut se garder de traduire le mot vice par le terme « vice rédhibitoire » qui évoque un sens bien déterminé en droit français. En réalité, on l'a toujours traduit ainsi et peut-être les auteurs du code ont-ils commis la même erreur en adoptant la définition énoncée dans l'art. 338. Il est vrai que les auteurs hanafites ont eux-mêmes voulu forcer les cas de l'erreur et du vice pour les assujettir aux mêmes règles. Le moyen technique employé est le même, c'est « l'option de vice ». Mais les principes qui régissent cette option ne présentent ni le caractère d'homogénéité, ni de généralité de toutes les autres options.

Nous croyons que la notion du « vice » est un amalgame des cas juxtaposés qui, au point de vue abstrait et théorique, sont de nature différente. Laissant à part les cas de vice rédhibitoire, il y aurait dans la notion du vice les cas signalés plus haut. De plus tous les cas où la différence n'est pas énorme entre l'objet nommé et l'objet livré, peuvent constituer des cas de vice relevant de l'art 338, s'ils réunissent les conditions posées par cet article. Al-Kachani s'exprime clairement à ce sujet. Pour lui (l'absence de vice est que l'objet puisse répondre au but de l'acheteur sans être acquis à un prix plus élevé que le prix des services rendus par l'objet), ce qu'il ne faut pas confondre avec la lésion.

La lésion est une erreur concrète sur le prix d'une chose. Dans notre cas, il s'agit de l'erreur sur sa valeur, abstraction faite du prix. L'acheteur peut avoir décidé le vendeur à lui vendre une chose à moitié de son prix tout en se trompant sur sa valeur, et alors c'est lui qui aura l'option de vice et non le vendeur. Ali-Haydar souligne lui aussi que le terme « prix » employé par l'art. 338 doit être compris dans le sens de valeur, aussi bien que de prix.

De ce qui précède nous pouvons conclure que pour que l'objet soit exempt de vice, il faut: 1° qu'il réponde au but poursuivi par l'acquéreur; 2° qu'il n'ait point une valeur (ou un prix) moindre que ses pareils.

Faisons abstraction du terme prix, nous nous trouvons donc en présence d'une notion de vice toute subjective: valeur, but, etc...

Si l'objet acquis a moins de valeur que celui que l'on voulait acquérir ou s'il ne répond pas au but que l'on se proposait de lui, c'est qu'on l'a

acquis par erreur, non sur son identité ni sur son espèce, mais sur ses qualités substantielles, voilà un sens du vice qui signifie erreur.

Dans un autre sens, le vice est un défaut de l'objet qui le rend impropre à l'usage, de sorte qu'il ne rendra pas les mêmes services que ses pareils; défaut qui entraîneraient une diminution de sa valeur marchande, de son prix. Ici le vice consiste dans les défauts objectifs de l'objet considéré individuellement, c'est le vice rédhibitoire.

L'appréciation du vice: compris dans le sens de l'erreur ou du vice rédhibitoire, il est apprécié, abstraction faite de la matérialité de la chose atteinte du vice. Le vice est un défaut d'une qualité et non le manque de tel ou tel fragment d'une chose déterminée. La chose atteinte du vice sera comparée à elle-même dans son état idéal parfait. C'est pourquoi, la constatation ou l'existence du vice, en fait une chose d'une espèce différente de ce qu'elle paraît être ou de la chose que l'on croyait acquérir. L'option de vice ne donne qu'exceptionnellement une action *quantum minoris*; généralement, c'est une action rédhibitoire ou une résiliation du contrat. D'ailleurs l'action *quantum minoris* intervient pour éviter un dommage et non pour sanctionner l'erreur. Elle n'aura lieu que dans l'impossibilité de la résiliation du contrat.

La nature de l'erreur-vice: nous avons employé le terme erreur substantielle. Ce terme répond-il exactement à la notion de l'erreur-vice? Non, nous ne le croyons pas; si nous avons employé ce terme, c'est à défaut d'un autre terme spécifique. La jurisprudence française considère comme qualité substantielle d'une chose, la qualité que la partie a eu principalement en vue lorsqu'elle a donné son consentement, celle sans laquelle elle n'aurait pas contractée (143). AUBRY et RAU (144) définissent la substance de la chose de la manière suivante: « par la substance de la chose, on doit entendre non seulement les éléments matériels qui la composent, mais encore les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique, d'après les notions communes des choses de toute autre espèce » c'est à peu de chose près les cas de l'article 1469 du code ottoman ». En droit musulman une faute dans la dénomination de la chose ayant cette gravité empêcherait la formation du contrat, même si elle n'est pas aggravée de dol. Dans la période où se place l'erreur-vice le contrat est déjà conclu, c'est pourquoi la résiliation ne peut pas avoir lieu s'il y a eu seulement erreur sur la qualité substantielle. Il faudrait aussi que par cette erreur la partie fut amenée à acquérir un objet de moindre valeur que celui qu'elle désirerait acquérir. La valeur dont il s'agit ici n'est pas seule-

(144) P. 378, T. 2, Planiol, traité élémentaire.

(145) P. 490-491, T. 4, Aubry et Rau.

ment la valeur d'échange ou le prix, ni même sa valeur d'usage pour l'acquéreur, c'est la combinaison de ces deux notions à la fois. La valeur de la chose atteinte de vice-erreur est appréciée par ceux qui vendent des choses pareilles. L'option ne naîtra au profit de l'acquéreur que si les gens du métier déclarent, en tenant compte de l'usage auquel l'acquéreur destinait la chose, que du chef de ce vice-erreur, cette chose acquise a sensiblement moins de valeur que celle que l'acquéreur croyait l'être.

L'erreur-vice et l'erreur substantielle se rapprochent sans se confondre, il en est ainsi de la comparaison de la lésion et de l'erreur-vice. Celle-ci peut avoir, et a souvent, pour effet une lésion sur le prix, ce qui n'empêche pas qu'il y a des cas de vice sans lésion possible et même avec lésion au profit de l'acquéreur.

L'erreur-vice et le consentement: l'option de vice a-t-elle pour cause un vice de consentement? Abdul-Aziz Al-Boukhari (145) fait une distinction entre l'option de vue et l'option de vice. La première aurait pour raison un vice de consentement; quant à la deuxième, voilà comment il la définit: « l'option de vice est donnée en raison du droit de l'acquéreur à l'intégralité de la chose et non en raison d'une absence du Rhida. Car la connaissance des qualités de la chose se fait d'après une présomption d'absence de tous les vices « Sifatul-Salama ». Par la constatation d'un vice, l'acquéreur aura le droit de réclamer la partie qui manque à la chose. Du moment que le vendeur ne peut pas rendre cette partie, l'acquéreur aura le droit de rendre la chose ».

Al-Kachani s'exprime tout autrement (156), il dit: « la qualité de l'absence de vice « Al-Salama » étant comprise dans les désirs de l'acquéreur et sans laquelle il n'aurait peut-être point acquis la chose, l'existence d'un vice de la chose constitue un vice du consentement ».

Le deux auteurs sont hanafites, ce n'est donc point la différence de doctrine qui est la cause de cette incertitude. Quant au fondement de l'option de vice, le code ottoman et ses commentateurs Ali-Haydar et Ibrahim-Halebi sont muets sur cette question. Nous croyons qu'il est impossible de trancher cette difficulté tant que l'on s'en tiendra à la notion de l'unité de la notion de vice. En effet, le vice engendre à la fois, un vice de consentement et une obligation de garantie; le vice est une notion complexe et non simple comme se le figuraient les auteurs hanafites, c'est pourquoi d'ailleurs, ils n'ont pas réussi à en donner une définition logique, comme de l'option de vue. C'est une des raisons qui nous font incliner dans une étude méthodique de droit musulman à dis-

(146) P. 35-36, T. 4, Al-Kasf.

(147) P. 274, T. 5, Al Kachani.

socier l'option de vice telle que l'entend la jurisprudence, en deux options distinctes, non pas dans un but pratique, — car au point de vue de seffets ou de la forme extérieure l'erreur et le vice substantiels relèveront l'une de l'autre de « l'option de vice », — mais à l'analyse la notion vice n'est pas simple et l'on ne saura jamais avoir une idée complète des réglementations de l'erreur, ni comprendre le sens de certaines divergences doctrinales sans faire la distinction que nous proposons ici. Les traducteurs se sont contentés de souligner l'option de vice rédhibitoire en matière de vente. Il n'y aurait rien à y redire si le contrat de vente en droit musulman n'était comme un contrat type où l'on doit chercher toutes les règles générales à tous les contrats synallagmatiques ou actes d'échange et, si le terme vice rédhibitoire en droit français n'évoquait un sens ou une idée toute spéciale au contrat de vente.

Il est vrai que même en droit français tous les vices rédhibitoires considérés à l'égard de l'acquéreur peuvent le plus souvent constituer des erreurs substantielles et s'ils n'ont pas été fondus en une seule notion dans la législation issue de droit romain, c'est que l'inverse n'est pas exact. Toute erreur substantielle dans une vente ne constitue pas un vice rédhibitoire de la chose, de même que tous les vices ne constituent pas des erreurs.

De ce qui précède nous pouvons conclure que l'option de vice a pour cause un vice du consentement dans les cas où il y a erreur substantielle et une obligation légale de garantie dans les cas de vices objectifs de la chose. Mohamed, disciple d'Abou-Hanifa et Al-Chaféï ont bien pénétré la vraie nature du vice. D'après eux, on ne peut renoncer d'avance à l'exercice de l'option, toute stipulation de non garantie et toute renonciation à la garantie sont nulles sans détermination du vice pour lequel le vendeur n'entend pas garantir l'acheteur. L'art. 342 du code ottoman dispose au contraire que l'on peut stipuler la non garantie d'une manière générale, de même que l'acheteur peut renoncer d'avance à toute option qu'il aura du chef d'un vice.

C'est l'opinion d'Abou-Yousseuf et de la plupart des auteurs hanafites qui a été adoptée par le code. L'opinion de Mohamed et de Al-Chaféï est plus conforme, croyons-nous, aux principes généraux d'Abou-Hanifa. Aussi d'après Al-Kachani (147) la renonciation ou la stipulation de non garantie de *tous les vices futurs* de la chose est une condition nulle et qui rendrait nul le contrat où elle y est insérée. Le code est muet sur ce point. Al-Kachani motifie cette décision en disant : « une renonciation doit être pure et simple, si elle est liée à un terme ou à une condition,

elle devient nulle. La stipulation d'une telle renonciation équivaut à la stipulation d'une condition *facid*, qui rendrait *facid* le contrat de vente ».

Ces raisons ne sont pas décisives, car on ne peut jamais assimiler une telle renonciation à une condition *facid*; premièrement, parce que la renonciation en question n'est pas à terme elle est immédiate, et deuxièmement, elle n'est pas conditionnelle, car en droit musulman aussi si la condition est un événement existant, l'obligation est pure et simple (148). Or une des conditions de la naissance de l'option de vice est que le vice soit ancien, c'est-à-dire antérieur à la vente et à la tradition. Renoncer à exercer l'option de vice pour des vices postérieurs à la vente est une renonciation inutile, stipuler une telle renonciation, c'est stipuler une condition inutile, le contrat devrait être valable et non *facid*. Si pourtant les auteurs admettent qu'un contrat où il y a une telle renonciation est *facid*, cette décision ne peut avoir qu'une seule raison à savoir: « un droit ne peut s'éteindre avant d'être né, un droit ne peut naître avant sa cause, une renonciation faite par une personne n'est valable que si elle concerne des droits appropriés par lui, une renonciation à ce que l'on ne possède pas est non pas inutile, mais *facid*, car la renonciation est un acte translatif « Tamlik »; donc une renonciation à l'option des vices futurs est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend ». Or à ce point de vue renoncer à l'option de vice du chef de tout vice existant sans le spécifier ou sans en indiquer la cause doit aussi vicier le contrat pour les mêmes causes que le cas précédent. Imam Mohamed est plus logique dans ses solutions qu'Abou-Youssouf et probablement plus conforme aux enseignements de leur maître Abou-Hanifa. Dans les deux cas sus-indiqués, il y a cette même idée que le consentement ne peut être efficace qu'à l'encontre d'une chose ou d'un fait existant ou dont la cause est existante et connue par celui qui donne son consentement. Si Mohamed ne valide pas une renonciation absolue à l'option du chef des vices actuels, si l'unanimité des auteurs hanafites déclarent qu'une renonciation à l'option des vices futurs vicie le contrat, c'est que logiquement l'erreur ne peut être ratifiée avant d'être constatée. Or tous les vices rédhibitoires en droit français et ceux indiqués par les auteurs musulmans ont tous une seule cause: « la défectuosité de la chose, par rapport à son usage ». Logiquement en droit musulman aussi on devrait pouvoir renoncer d'avance à l'option de vice objectif de la chose, car la cause de tous ces vices, ou pour mieux dire la cause de cette option est connue. La connaissance de la cause tient lieu de la reconnaissance du fait qui est l'effet de cette cause.

Mais si Mohamed et Al-Chaféï déclarent que c'est impossible, ce n'est

(149) P. 302, Koulyyat, Ali-Haydar,

point a cause des vices objectifs de la chose, mais c'est uniquement à cause du vice-erreur. Les auteurs hanafites d'une part, Al-Chaféï et Mohamed d'autre part, ont réciproquement raison, car ils ne considèrent qu'une seule face de la notion du vice. Pour ces derniers, une renonciation générale est sans effet et logiquement, elle devrait rendre le contrat *facid*, car le droit d'option qui est l'effet de l'erreur ne peut naître avant sa constatation. L'inverse est une absurdité d'après les Oussoulioun hanafites eux-mêmes (149), parce que « l'inexistence ne peut pas être cause ». Or une erreur avant d'être découverte est inexistante dans le jugement juridique, comment peut-elle faire naître une option? la renonciation à cette option ne peut être que *facid* et sans effet, la stipulation d'une telle renonciation est une condition facide, le contrat où elle sera insérée sera nul.

Pour Abou-Youssouf et le code ottoman qui sûrement n'ont eu en considération que les vices rédhibitoires objectifs de la chose, la stipulation de non garantie et la renonciation générale sont valables pour les raisons inverses.

Il nous paraît plus pratique et plus rationnel de déclarer, tout en restant dans les cadres de droit hanafites, que l'option de vice se décompose en deux options. L'une s'appellera l'option de vice et sera traitée comme toutes les options conditionnelles avec cette différence qu'elle sera présumée par la loi et l'autre sera l'option de vice-erreur analogue à l'option de vue ayant pour cause un vice du consentement et auquel on ne peut renoncer sans avoir découvert l'erreur (151).

(150) P. 265-267, T. 4, Nihayet el-Soul.

(151) Sur l'option de vice (Voir art. 336-355, c. otto, et art. 160, 222 c. k., Ali Haydar, p. 919-995, T. 1, Al-Kachani, p. 273-291, T. 5.

CONCLUSION

ET RÉSUMÉ DES VICES DU CONSENTEMENT

La conclusion qui se dégage de l'ensemble de la matière traitée, c'est que le droit musulman, tout en employant des moyens originaux, tend à faire respecter l'autonomie de la volonté dans la création de ses effets de droits. A travers des disputes de controverse qui, ne se posent même pas en droit français, et par des moyens techniques très différents de ceux employés dans les législations inspirées du droit romain, le droit musulman aboutit, à peu de chose près, au mêmes principes généraux que ceux admis dans les législations européennes.

*
* *

Notons tout d'abord que, la lésion, comme en droit français, est un cas exceptionnel de rescision d'un contrat, et n'est admise, comme cas d'annulabilité, qu'en faveur des mineurs et des biens *Habous*. Quant à la rescision d'un partage lésionnaire remarquons cette idée qu'un tel partage n'étant point partage définitif, une partie des biens, objet du partage lésionnaire, restera dans l'indivision.

*
* *

En matière de violence, nous soulignerons ici la tendance doctrinale des « Hanafites » à marquer, en tout état de cause une séparation entre les actes juridiques révocables et les actes juridiques irrévocables. L'Iman Abou-Hanifa a sans doute envisagé que tous les actes irrévocables se rapportent aux conditions de personnes. Faut-il croire qu'il n'ait dérogé aux principes généraux que pour mieux assurer, il est vrai, par des procédés juridiques inférieurs à ceux employés dans les législations modernes, et la solennité et le caractère d'ordre public de ses actes? Car, il n'y a qu'en matière de vice du consentement que l'on voit réellement l'utilité de la distinction.

Donc, si nous appliquons le caractère d'ordre public aux actes irrévocables, ceux-ci doivent être entourés de solennité par laquelle nous arri-

verons à élever la condition de la femme musulmane dans le sein de la famille et à la protéger contre l'omnipotence du mari.

*
* *

En matière de dol, le droit musulman, a réellement des procédés originaux.

Nous avons vu le principe de l'imputation de l'acte à sa cause et non à son motif ; d'après ce principe, le dol ne devrait jamais constituer un vice du consentement ou un cas d'annulabilité. Nous avons vu aussi, que l'acte s'imputera à son motif illicite dans le cas où ce motif serait la cause directe d'un effet illicite. Ici, il ne peut se trouver que 2 catégories de cas d'effets illicites engendrés par le dol. A savoir : 1° la bonne foi surprise ou la tromperie ; 2° le dommage causé par la dol, autrement dit, l'enrichissement injuste procuré par le dol à son auteur.

Ainsi 2 catégories de cas se présentent où le dol donnerait lieu à option dans un contrat : 1° le dol dans les contrats de bonne foi ; 2° la lésion dolosive. Ici, c'est le dol caractérisé : il se distingue nettement de l'erreur qu'il aura pu faire naître dans l'esprit de sa victime, le droit musulman ne tiendra pas compte de la gravité de l'erreur, effet du dol, pour classer le dol en dol principal et en dol incident.

Nous pouvons remarquer à cette occasion que l'art. 65 du code ottoman, dont nous avons fait application dans les cas d'erreur sur l'objet ou la nature du contrat, est aussi conçu et rédigé, abstraction faite de l'erreur et du dol ; cet article ne prend en considération que des fausses dénominations pouvant subvenir lors de la formation du contrat.

*
* *

L'erreur substantielle est envisagée par le droit musulman à 2 points de vue successifs :

a) tant que l'acquéreur n'aura pas encore vu l'objet du contrat, ou pourra douter que son consentement soit définitif ; la loi lui accordera l'option à vue, c'est-à-dire, qu'au moment où il prendra connaissance de la chose, ou de ses qualités substantielles, il ne sera même pas question de l'erreur.

b) l'acquéreur, ayant vu l'objet du contrat sans manifester son désir d'exercer l'option à vue, pourra néanmoins ignorer les vices cachés de la chose ou bien se tromper sur le but et l'utilité auxquels cette chose devra répondre.

L'option de vice viendra protéger l'acquéreur contre ces 2 ordres d'inconvénient.

En somme, le droit français n'envisage pas l'erreur substantielle sous le

même angle que le droit musulman, lequel n'en donne pas une définition nette, mais, en prévient, par des moyens appropriés, la naissance.

Il y a lieu, pourtant à douter, que l'option à vue et l'option de vice aient eu, en droit arabe, les caractères qu'elles auront par la suite en droit musulman. Nous croyons qu'en Arabie, antéislamique, il n'a été fait aucune distinction, au point de vue juridique, entre les parties ou qualités substantielles et les parties ou qualités non substantielles d'une chose. L'option à vue intervenait chaque fois qu'une des parties n'avait pas eu connaissance de la chose transférée par le contrat, et ceci aussi bien en faveur du propriétaire que de l'acquéreur. La doctrine Hanafite y a apporté par la suite des modifications notables, dont nous avons fait l'exposé sommaire. Quant à l'option de vice, il est à même de se demander si les Arabes l'ont connue; certains auteurs lui donnent pour source positive un Hadice du prophète statuant en matière de vente de brebis. En tout cas, l'évolution a été plus favorable à cette option qu'à la précédente. En effet, autant le champ d'application de l'option de vice s'élargissait par les considérations d'utilité, de but, ou des qualités substantielles d'une chose, autant, et par les mêmes idées, l'option à vue devait se restreindre à de rares cas d'application. Il est probable que, si la doctrine Hanafite eut pu continuer son œuvre, elle eut pu arriver, par l'élargissement de la notion de vice, à restreindre de plus en plus les cas relevant de l'option à vue, et à lui ôter son caractère inéluctable — ce qui est très gênant dans les conditions économiques modernes — et à subordonner sa naissance aux conditions et stipulation des parties intéressées.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages consultés en langue française

- ZEYS. — *Essai d'un traité méthodique de droit musulman*, Alger.
- TURNAUW. — *Le droit musulman*, Paris, 1860.
- GILLOTTE. — *Traité de droit musulman*, Paris, 1860.
- KEIJGER. — *Précis de jurisprudence d'Abou-Koja*, Paris, 1859.
- SEIGNETTE. — *Code Kabîl*, Alger, 1878.
- MORAND. — *Etudes de droit musulman algérien*, Alger, 1910.
- MORAND. — *Avant projet de code de droit musulman algérien*, Alger, 1916.
- VAN DEN BERG. — *Principes de droit musulman*, traduit par F. de Tessant, Alger, 1896.
- DE NAUPHAL. — *Système législatif musulman*, Saint-Pétersbourg, 1893.
- PERRON. — *Précis de jurisprudence musulmane*.
- ARISTARCHI BEY. — *Code ottoman*.

Ouvrages consultés en langue arabe ou turque

- AL-AMIDI. — *Al Ihkame*, Caire. 1347 H.
- SIDDIK KAHN. — *Al oussoul*, Constantinople 1317 H.
- AL-PEZDEWI. — *Kasfoul-asrar* (abréviation al-Kasf) avec les commentaires de Abdoul Aziz al Boukhari, Caire 1307 H.
- IMAN AL-ASNAWI. — *Nihayet el-Soul* avec les commentaires de Cheik Bakhite, le grand Mufti d'Egypte, Caire, 1343 H.
- AL-KACHANI. — *Badayéoul-Sana'yé*, Caire 1327 H.
- IBRAHIM HALEBI. — *Miratoul-Majallat*, Constantinople, 1302 H.
- ALI-HAYDAR. — *Douroul-Hukkam*, Constantinople, 1314-1319 H.
- AL-CHAARAMI. — *Al-Mizane*, Caire, 1302 H.
- ABDOUL-RAHMANE. — *Rahmatoul-oumma*, Caire. 1302 H.
-

Nancy, le 18 novembre 1933.

Pour le Doyen,

L. BROCARD.

Nancy, le 18 novembre 1933.

VU: *le Président de la thèse,*

Pierre VOIRIN.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 20 novembre 1933.

Le Recteur de l'Académie,

L. BRUNTZ.

Président du Conseil de l'Université.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER	
Le Droit musulman, ses Sources	7
CHAPITRE II	
Notions sommaires sur les Matières des Obligations et Contrats	19
PREMIÈRE PARTIE	
CHAPITRE PREMIER	
Le Consentement	39
CHAPITRE II	
Les Actes ou indépendamment du Consentement ; il est exigé pour leurs accomplissements des conditions extérieures	45
CHAPITRE III	
Les Conditions de la validité d'un consentement	49
CHAPITRE IV	
Modes d'expression d'un consentement	67
CHAPITRE V	
La Formation de Al-Taradhi	75
DEUXIÈME PARTIE	
Les Vices du Consentement	85
CHAPITRE PREMIER	
La Violence. — Définition et Classification	87
CHAPITRE II	
Le Dol	101

	Pages
CHAPITRE III	
La Lésion	107
CHAPITRE IV	
L'Erreur	111
CHAPITRE V	
L'Erreur de fait	117
CHAPITRE VI	
Moyens techniques employés en droit musulman pour prévenir toute erreur et pour l'erreur substantielle	127
CONCLUSION	137
BIBLIOGRAPHIE	141
